GIOVANNI BAVIERA

1/2 pelle

IL DIRITTO INTERNAZIONALE

DEI ROMANI

MODENA
PRESSO LA DIREZIONE DELL' ARCHIVIO GIURIDICO
1898

Estratto dall' *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*
Nuova Serie, Vol. I e II,
(dell' intera collezione, Vol. LX e LXI.)

Bologna — Tip. Alfonso Garagnani e Figli.

ALLA VENERATA MEMORIA

DI

FILIPPO SERAFINI

CON INEFFABILE PROFONDA GRATITUDINE

IL

DISCEPOLO.

IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI ROMANI

CAPITOLO I.

Se i Romani conobbero un diritto internazionale (*)

I. Introduzione. II. Diverse opinioni sull'esistenza di un diritto internazionale in Roma. III. Errori pregiudiziali di esse. IV. Posizione del problema da risolvere.

Toutes les nations ont un droit de gens.
MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. I, ch. III.

I. Il titolo della monografia e la frase di Montesquieu preposta al primo capitolo non hanno gran fatto bisogno di spiega-

(*) BIBLIOGRAFIA: **Carle,** *Le origini del diritto romano*, Torino 1888; **Chaveau,** *Le droit des gens dans les rapports de Rome avec les peuples de l'antiquité* nella *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, vol. XV, 1891, pag- 393-445; **Comba,** *Il diritto internazionale in Roma*, Torino, 1870; **Fusinato,** *Dei feziali e del diritto feziale. Contributo alla storia del diritto pubblico esterno di Roma*, Roma 1884; *Le droit international de la republique romaine. Les étrangers, les recuperateurs, les fetiaux*, nella *Revue de droit international et de legislation comparée*, vol. XVII, 1886, pag. 278–312; **Heffter,** *Prolusio de antiquo iure gentium*, Bonn 1823; **Holtzendorff,** *Introduction au droit des gens. Recherches philosophiques, historiques et bibliographiques,* trad. de l'allemand par Rivier, Paris 1889, pag. 222-259; **Ihering,** *Esprit du droit romain*, trad. par Meulenaere ed. 3.ª, Paris 1886–88; **Karlowa,** *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1886, vol I; **Landucci,** *Storia del diritto romano*, Padova, vol. I, 2ª ed. 1895–98, cap. VII; **Laurent,** *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, Bruxelles–Paris 1862, vol. III, Roma; *Droit*

zione. Oggetto di essa è di mostrare come i Romani conobbero un diritto internazionale pubblico e privato e indicarne a larghi tratti le linee fondamentali.

Io so benissimo che proponendomi questo studio mi si para dinanzi una quantità di scrittori, alcuni dei quali autorevoli, che sogliono negare ogni conoscenza di diritto internazionale ai popoli dell'antichità classica ed in ispecie ai Romani. Ma se quest'idea per molto tempo ha dominato incontrastata nel campo scientifico, non mi pare che oggi possa più sostenersi con fortuna tenendo conto del nuovo indirizzo assunto dallo studio dei fenomeni giuridici dei popoli e, quel che più, dal metodo positivo adoperato in tali ricerche. Combatterò quindi strenuamente quest'opinione che ha già prese salde radici, e mi sforzerò di dimostrare con argomenti indiscutibili e serii come nell'antichità classica non sia del tutto estranea l'idea di un diritto internazionale sia pubblico che privato.

civil international, Bruxelles–Paris 1880, vol. I, n. 80-119; **Leist,** *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, Iena 1884, § 55-§ 63; **Mommsen,** *Droit public romain*, Trad. francese. Paris 1889 vol. I, VI p. 1.ª, VI p. 2.ª; **Müller-Jochmus,** *Geschichte des Völkerrechts im Alterthum*, Leipzig 1848 cap. VII; **Osenbrüggen,** *De iure belli ac pacis Romanorum*, Lipsiae 1836; **Padelletti-Cogliolo,** *Storia del diritto romano*, Firenze 1886, 2ª ed., cap. V, VI; **Pierantoni,** *Trattato di diritto internazionale*, Roma 1879, vol. I; **Pütter,** *Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft*, Leipzig 1843, pag. 21-44; **Revon,** *De l'existence du droit international sous la republique romaine*, nella *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, vol. XV, 1891, pag. 384–405, 499–510. **Schmidt,** *Zum internationalen Rechtsverkehr der Römer*, Leipzig 1888; **Serafini Enrico,** *Il Diritto pubblico romano*, Pisa 1896, vol. I, § 21-§ 22, e nella *Rivista internazionale per le scienze giuridiche* vol. I pag. 99-105; **Ward,** *An inquiry into the fundation and hist. of the law of nations in Europe from the thime of te Greks and Romans tho the age of Grotius*, Dublino 1795, vol. 2; **Wheaton Henry,** *Histoire du progres du droit des gens*, Paris 1853, 3.ª ed. vol. I.

Molti autori si sono, è vero, occupati della questione, ma superficialmente e di volo.

Basta guardare le brevi introduzioni storiche che soglionsi premettere ai trattati moderni di diritto internazionale per accertarsene. I più l'hanno risolta in modo negativo, adducendo in conferma delle loro opinioni argomenti non sempre di un valore scientifico serio: parecchi, non sono molti, si sono mostrati favorevoli: tutti poi, tranne qualche rara eccezione, hanno ripetuto le opinioni degli autori che li precedettero nel tempo, sia negando che affermando il più delle volte dommaticamente (1).

L'importante argomento, l'autorità delle opinioni contrarie, e, quel che più, la scarsezza dei lavori che trattino a lungo ed esaurientemente la questione sono difficoltà che, spero, renderanno più benigni i lettori nell'apprezzare il valore di questo studio.

II. Riassumo brevemente i ragionamenti che si fanno dagli scrittori contrarii e le obbiezioni da essi presentate contro l'esistenza di un diritto internazionale nell'antichità classica.

Gli antichi Greci e Romani non potevano conoscere il diritto internazionale nè pubblico nè privato. Infatti, perchè vi sia un diritto che regoli i rapporti delle nazioni fra loro, e quelli degli individui appartenenti a popoli diversi, è necessario che venga riconosciuta l'unità del genere umano, che esista tra gli Stati un vin-

(1) Cito per brevità fra i contrari: il **Laurent,** il **Landucci,** il **Fusinato** il **Rocco,** *Tratt. di dir. civile intern.*, Livorno 1850; il **Fiore,** l'**Osenbrüggen,** il **Revon.** Fra i favorevoli: il **Voigt,** il **Mommsen,** il **Savigny,** lo **Chaveau,** lo **Chénon,** il **Weiss,** *Les Fetiaux et le droit fetial* nella *France judiciaire*, anno 1882-83, pag. 441-452, 483-496; il **Catellani,** *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 2.ª ed. vol. I, il **Serafini Enrico,** l'**Holtzendorff,** il **De Ruggero,** *L'arbitrato pubblico presso i Romani* nel *Boll. dell'Ist. di D. R.*, anno V, pag. 41-493, il **Müller-Jochmus.**

colo giuridico e che questi comprendano d'avere diritti e doveri reciproci (2).

Quando però la forza è il solo legame internazionale e la guerra lo stato naturale dei popoli; quando nel codice delle XII Tavole barbara, inumana, crudele sta la disposizione che *adversus hostem aeterna auctoritas esto*, e lo straniero si considera come nemico e la schiavitù bellica vige istituzione floridissima, non può giammai esistere un diritto internazionale nè pubblico nè privato.

Esso presuppone l'assoluta eguaglianza politica tra Stato e Stato, il reciproco riconoscimento di certi diritti spettanti all'uomo come tale e inerenti alla sua persona.

Nell'antichità romana mancava tutto questo. Lo straniero era oggetto di occupazione come *res nullius:* il *servare imperium majestatemque populi romani* era il solo diritto che l'*urbs* imponeva agli altri popoli vinti e soggiogati in crudelissime guerre: *ubi solitudinem faciunt* - dice il brittanno Calgaco - *pacem appellant* (3) frase scultoria in cui si compendia meravigliosamente tutto quanto il concetto che della guerra si aveva nell'antichità classica.

Ora tutto ciò importa la logica necessaria ignoranza di un diritto, che ripete unicamente la sua ragione d'essere in quei due postulati già esposti.

Nè questi scrittori trovano delle difficoltà a mantenere tali conclusioni nel leggere ad esempio in Livio e in Cicerone (4) che per dichiarare la guerra essa doveva essere riconosciuta giusta, *iustum piumque bellum*, condizione questa indispensabile. Il Laurent dice che non bisogna illudersi sul significato di tale giustizia come tanti autori antichi e moderni (5), poichè si riferiva alle

(2) **Laurent,** *Droit civ. int.*, vol. I, pag. 16; *Etudes*, vol. III, pag. 12.

(3) **Tac.,** *Agric.* 31.

(4) **Liv.,** IX, 8; XXXIX, 36; **Cic.,** *De Rep.*, II, 17.

(5) **Laurent,** *Droit. civ. int.*, vol. I, n. 80. Tra gli autori antichi che si illusero sul significato di tale giustizia il **Laurent** cita **Plutarc.** (*Numa* 12) e **Dionys.** (V, 72): tra i moderni **Bossuet,** *Discours sur l' hist. universelle* (3.ª part., VI).

formalità e alle cerimonie religiose da adempirsi per la dichiarazione di essa, senza le quali la guerra era ingiusta.

Nè ostacolo maggiore sembra loro tutto quanto dagli scrittori classici ci vien detto sui *foedera*, che i Romani conchiudevano coi popoli vicini, con un lusso meraviglioso di particolari, dai quali emerge chiaramente il loro carattere di obbligatorietà giuridica. Il Laurent se la cava in due parole, credendo distruggere ogni cosa con una dommatica affermazione. I Romani strinsero, è vero, dei *foedera:* ma questi non sono trattati propriamente detti, ma tregue (*trèves*) espressione sincera di uno stato di guerra permanente, che ammetteva la tregua giammai la pace (6).

Nè maggiore impressione fa loro trovare presso i Romani delle istituzioni come il *patronato*, l'*hospitium*, la *recuperatio*, i *foeciales*, poichè queste non hanno quel carattere internazionale, cui si vorrebbe attribuire: i primi due sono comuni a tutti i popoli dell'antichità: la *recuperatio* poi non prova certo l'esistenza di un diritto internazionale privato a Roma. Poichè esso vi sia, occorre che l'uomo abbia dei diritti inerenti alla sua persona che lo accompagnino sempre. Ora tale personalità del diritto era sconosciuta a Roma, dove lo straniero non solo non veniva considerato come *subiectum iuris*, ma anzi lo si riteneva occupabile come *res nullius*. Del resto per il Laurent, il non trovare nelle leggi romane traccia alcuna di un conflitto tra diritti diversi, prova appunto questo che un diritto privato internazionale non esistette (7).

L'istituto dei feziali nemmeno rappresenta una seria obbiezione per tali scrittori. Esso non ha nulla d'internazionale, il suo

(6) Cosi il **Laurent** pretende rilevare da certi passi di **Livio.** Si vedano gli *Etudes*, vol. III, pag. 12 e **Fusinato,** op. cit., pag. 103 e n. 5.

(7) **Laurent,** *Dir. civ. int.*. vol I, n. 102. Bella ragione *giuridica* dato che fosse vera!

fondamento essendo quasi esclusivamente religioso come quello del collegio dei pontefici (8).

In quanto poi a quelle relazioni che potessero lontanamente far dubitare per il loro aperto carattere di internazionalità dell'esistenza di un tal diritto, esse non hanno, si dice, alcun contenuto giuridico condizione *sine qua non* perchè ne siano oggetto. Sono invero ispirate tutte o dalla politica o dalla religione (9) la quale tutta disciplinava la « vie privée du berceau à la tombe, la vie publique du comice au champ de bataille » (10) e di cui « son venues toutes les institutions comme tout le droit privé des anciennes: c'est d'elle que la cité a tenue ses principes, ses regles, ses magistratures » (11).

E se talvolta, aggiunge il Fusinato, qualche relazione giuridica si trova, essa nemmeno può costituire una relazione giuridica internazionale, perchè non si fonda sulla coscienza giuridica internazionale, sul consenso espresso o tacito cioè delle nazioni, ma è sol-

(8) **Fusinato,** *Dei feziali.* Questo autore ha esagerato l'influenza della religione sul diritto e sull' origine dell' istituto dei feziali, facendolo derivare quasi esclusivamente da quella (op. cit., pag. 21 e segg., 110–123). Anzi al rovinare dell' antica religione egli attribuisce quasi unicamente il decadimento dei feziali (pag. 26). E fa meraviglia come a certe attribuzioni ad essi devolute ad es. nella *deditio* internazionale per certi reati *iuris gentium*, le quali hanno un lampante carattere e fondamento giuridico, il **Fusinato** si sforza ad ogni costo ritrovare invece quello religioso, fedele al preconcetto. Si veda avanti la discussione su questo punto cap. III, § VI.

(9) **Fusinato,** op. cit., pag. 12, 13, 110, 123, 126 e segg.; **Osenbrüggen,** *De jure belli ac pacis Romanorum*, pag. 4; **Heffter,** *Prolusio de antiquo iure gentium*, pag. 2 e segg. Contro **Voigt,** *Das jus naturale*, vol. II, pag. 24, n. 6. Si veda avanti cap. III, § IV.

(10) **Duruy,** *Histoire des Romaines*, vol. I, pag. 141.

(11) **Fustel de Coulanges,** *La cité antique*, pag. 4.

tanto una frazione del diritto nazionale proprio dei Romani di fronte allo straniero (12).

E come ultima considerazione si dice che tutta quanta la storia di Roma è contraria ad ammettere la benchè minima esistenza di un diritto internazionale, le cui vedute larghe e comprensive ripugnano al concetto e all'indole del diritto romano. Il Gianturco anzi cerca spiegarne il perchè, giungendo a dire che « il diritto romano, per la natura invadente ed egoistica dello Stato, non intravide neppure il concetto di una comunità di nazioni » (13).

Dato quest' ordine di idee e di conclusioni, gli scrittori non si fermarono qui e si spinsero più avanti. Bisognava infatti, giustificare tale rigido esclusivismo nelle relazioni esterne di Roma sia di diritto pubblico che privato, esagerato da subiettive impressioni e da incompleto esame delle fonti storiche.

E la giustificazione venne: fu trovata anzi in ciò che con mirabile acutezza scrisse l'Ihering, il quale riferendosi solo alla esclusività nei rapporti di diritto privato, crede che essa sia uno dei mezzi più efficaci che la storia abbia messo in opera per la formazione e il mantenimento degli Stati nella loro età infantile, sforzando gli individui alla comunione della vita politica e avvincen-

(12) **Fusinato,** op. cit., pag. 12, 13; **Wheaton,** *Histoire du progrè de droit des gens*, pag. 23. Si veda più avanti cap. III, § VI la confutazione di questa opinione, a mio parere, poco esatta.

(13) **Gianturco,** *Sistema di dir. civ.*, pag. 52. Affermazione questa dommatica smentita dal concetto che di Stato ebbero i Romani, la cui definizione dataci da **Cicerone** (*De Rep.* II, 25, *Philip.* IV, 5, 6) il **Rivier** nella sua ultima splendida opera dal titolo *Principes du droit des gens* (Paris 1897 vol. 2) ritiene buona anche per oggi (vol. I. pag. 37), e dall' osservazione di parecchi istituti, tra cui quello giuridico dell' *hospitium* il quale, dice il **Fusinato,** apparisce come la prima forma rudimentale in cui si afferma inconsciamente il primo momento dell' idea ancora così ignota della comunione fra le genti (loc. cit., pag. 9); **Mommsen,** *Gastrecht*, nelle *Röm. Forsch.* vol. II; **Ciccaglione,** *Asilo, clientela ed ospitalità*, nell' *Enciclopedia giuridica ital.*, vol. I.

doli allo Stato con catene di ferro, poichè, secondo l'illustre autore, è da lui che ripetono la loro personalità, la quale altrimenti va perduta col varcarne i confini (14).

Con queste considerazioni gli scrittori, che io combatto, cercarono rinforzare i loro risultati, esagerando fantasticamente l'esclusivismo dei Romani, tanto da assimilarlo, come ben dice il Cogliolo (15), ai selvaggi: esclusivismo che, estesero anche ai rapporti di diritto pubblico, proclamando il principio che la guerra era lo stato naturale dei popoli dell'antichità e che la pace doveva scaturire da un patto, come l'etimologia stessa della parola lo dimostra (16): che, in altri termini, lo stato di guerra si aveva anche indipendentemente da vera e propria guerra (17). Deplorabile confusione proveniente dal preconcetto viziato ed erroneo!

L'esame attento delle fonti e la lettura spassionata di quanto scrissero gli autori classici bastano a dimostrare come gli scrittori contrarii abbiano giocato di fantasia. Quelli infatti sono concordi nel testimoniare che se i Romani furono un poco esclusivi, giammai però come i Greci nè per molto tempo. Cicerone attribuisce anzi a questo la rapida grandezza di Roma (18). Sallustio lo conferma espli-

(14) **Ihering,** *Geist d. röm. Rechts*, vol. I, pag. 229 segg.

(15) **Cogliolo,** note alla *Storia del Dir. R.* del **Padelletti,** pag. 69, *a*.

(16) **Ihering,** *Geist*, vol. I, pag. 226.

(17) **Milone,** *Storia del D. R.* (Napoli 1889) pag. 60; **Padelletti-Cogliolo,** cap. V, **Fusinato,** op. cit., pag. 8. **Jhering,** *l. c.* Si veda avanti la confutazione di tale erronea opinione, e **Carle,** *Le origini del diritto romano*, pag. 130 e nota 1.

(18) **Liv.,** XXXI, 25, 15: « *Cum alienis, cum barbaris aeternum omnibus Graecis bellum est* ». **Demostene** in *Mid.*, 350, 7: « φύσει τῆς πρὸς βαρβάρους ἔχθρας Ἕλλησι ὑπαρχοίσης πατριχῆς ». **Aristofane** nei βάτραχοι affermava superbamente che lo straniero differiva dal Greco come la paglia dal grano. Bisogna notare che per Greci il βάρβαρος è un termine equivalente allo ξένος nelle relazioni di diritto privato, come pei Romani antich

citamente con molti altri autori (19). Non solo: ma quello stesso esclusivismo fu, come ben dice il Fusinato (20), fin dalla primitiva costituzione più di nome e di forma che di contenuto: accanto agli deî nazionali *indigetes* altri deî *novidenses* ed altri culti stranieri entrarono in Roma liberamente, senza che alcuno osasse impedirlo e proibirlo; cosa questa importante per la mia tesi, perchè mi sembra capitale che presso i popoli così rigidi dell'antichità, in cui la religione era tutto, così facilmente si permettesse che ad essa si derogasse con altri culti. Non solo: ma appena i ferrei rigori dello *strictum ius Quiritium* impedivano che a tale esclusivismo sottentrasse una politica più libera, subito si trovava con opportune eccezioni il modo per derogarvi: sistema questo fedelmente seguito nello svolgimento di tutto quanto il diritto romano. L'istituto dell'*applicatio* e dell'*hospitium* infatti ne sono la prova più chiara, la conferma più lampante.

A che si riduce quindi in realtà questo tanto esagerato e terribile esclusivismo romano nelle sue relazioni esterne sia di diritto pubblico che di diritto privato?

Ecco brevemente il ragionamento di grandissima parte degli scrittori che si sono occupati dell'argomento, i quali si accalorano nella discussione, ci si appassionano, anzi quasi si sdegnano al solo pensare che si possa concepire nei Romani la conoscenza di un diritto internazionale (21).

hostis e *peregrinus*. Si avverta però come tutto questo esagerato esclusivismo greco da recenti studi è molto attenuato. **Catellani**, op. cit., vol. I, pag. 46-105.

(19) **Cic.,** *Pro Bal.*, XIII; *De Off.*, III, 11. **Sall.,** *Catilina*, 51; **Polyb.,** VI, 25; **Macchiavelli,** *Discorsi sulla prima deca di T. Livio*, II, 3; II, 6; **Montesquieu,** *Considerations sur les causes de la grandeur des Romains*, c. I, p. 1.

(20) **Fusinato,** op. cit., pag. 9.

(21) **Laurent,** *Etudes*, vol. III, pag. 4.

Come se la fulgida grandezza di Roma e la maestà del *Populus Romanus Quiritium* venisse offuscata e menomata!

III. Comincerò anzitutto dall'osservare pregiudizialmente che, secondo me, tre errori fondamentali hanno guidato gli autori contrari nelle loro ricerche, e nelle loro conclusioni.

Accenno subito al primo.

Dice benissimo il Laurent. « Il diritto è una manifestazione della vita, a tutto ciò che vive è soggetto alla legge del progresso. Ciò che è vero nella storia del genere umano lo è altresì di ciascuna manifestazione della vita umana e, specialmente del diritto che regola le relazioni esterne delle nazioni » (22). Pare però che egli, nello studiare sotto questo rapporto la storia del diritto internazionale privato, sia venuto meno a tal principio, non applicandolo rigorosamente. Il diritto, come oggi vien considerato e come lo considera lo stesso Laurent, in tutte le sue esplicazioni si manifesta come una grande unità organica che lega tutti i popoli e tutti i tempi, e nel cui seno si svolge la vita giuridica delle nazioni, che sopra il diritto esercitano un'elaborazione differente, più o meno perfetta, come sono diversi i tempi, la civiltà, la coltura, spesso incosciente, ma continuata ed assidua. Voler chiudere la nozione del diritto in un'epoca determinata è sempre una violazione di questo principio. Un grande fatto storico può e suole essere efficace per dare al diritto una direzione più precisa, per raccoglierlo, per costituirgli un fondamento più saldo, ma il diritto come tale non può sopportare limiti e giace disperso in tutti i popoli e in tutti i tempi (23). Posto ciò, se il Laurent dice che il diritto è la manifestazione della vita, non ne scaturisce come conseguenza ineluttabile che esso deve esistere là dove ne esistono i soggetti che vengono tra di loro a contatto immediato?

(22) **Laurent,** *Droit civ. int.*, vol. I, n. 15.

(23) **Fusinato,** op. cit., pag. 6.

E quindi quasi *a priori* che sarebbe inesplicabile l' inesistenza di un diritto internazionale presso i Romani, e assai difficile è dimostrarne la ragione (a prescindere tra l'altro dall' ostacolo insormontabile che si incontrerebbe nel principio storico e logico della continuità del diritto) perchè nell'antichità classica esistettero dei popoli indipendenti ed autonomi l'uno dall'altro, costituendo ognuno una società a sè, con propria lingua, propria religione e propria organizzazione giuridica, politica e militare, i quali vennero fra di loro in relazione. Inoltre una mancanza assoluta di tracce di un diritto internazionale a Roma meraviglierebbe grandemente, osservando che in quel monumento di sapienza giuridica elaborato attraverso i secoli, dove hanno la prima origine quasi tutti i diritti particolari dei giorni nostri, si trova un complesso, anzi un sistema di principii di diritto pubblico, e di regole che disciplinavano le relazioni coi popoli stranieri, e che Roma se si elevò a quella maestà dinanzi a cui oggi a tanta distanza ci inchiniamo riverenti, lo deve appunto alle innumerevoli relazioni avute coi popoli stranieri, dal cui contatto ebbe modificate la civiltà, la coltura, il diritto medesimo.

Per queste sole considerazioni puramente aprioristiche e d'indole generale io credo che si dovrebbe essere portati ad ammettere un'esistenza a Roma di un tal diritto, che oggi ha contenuto netto e distinto, con campo proprio ed esclusivo, e che vien chiamato internazionale (24).

Ma fortunatamente altre considerazioni ci sono, e di fatto, che confermano la conclusione cui ho accennato. Troviamo infatti in Roma un istituto specialissimo, quello dei Feziali, magistrati a cui

(24) La denominazione di diritto internazionale è assai recente. I Romani non lo chiamarono sempre con lo stesso nome: ma su ciò si veda il cap. VIII. Nell' età moderna si chiamò successivamente *ius belli* con **Alberigo Gentili**, *ius belli ac pacis* con **Grozio**, *ius inter gentes* con **Zouch.** Dopo **Bentham** ricevette quel nome.

era unicamente devoluto l' incarico di presiedere alle relazioni cogli altri popoli cioè indire la guerra, stringere trattati, fare la pace, concedere tregue (25): troviamo i *recuperatores*, i quali formavano un tribunale misto per giudicare le controversie nascenti tra *cives* e stranieri, o tra stranieri, applicando certe norme giuridiche generali dell'*aequitas* o della *bona fides*, colle quali venivano a decidere le controversie tra le parti straniere l'una all'altra e sottoposte a diritti differenti: troviamo invece una magistratura speciale, il *praetor peregrinus*, che aveva una competenza presso a poco eguale a quella dei *recuperatores*.

Ora come spiegare l'esistenza di tali istituti, il cui contenuto è compreso palesemente nel campo di un diritto internazionale, rientrando le loro attribuzioni nella sfera di rapporti i cui soggetti Stati e popoli indipendenti e sovrani, o individui in reciproco rapporto di estraneità, perchè appartenenti a nazioni diverse con diritto diverso?

Perchè l'organizzazione di un tribunale di recuperatori se non per regolare i rapporti internazionali e sostituire all'isolamento geloso fonte d'incerta sicurezza, di conflitti e di lotte, la stabilità di

(25) Questo collegio dei feziali ha la sua origine in tempi antichissimi e si riscontra presso quasi tutti i popoli dell'antichità stabiliti in Italia dai quali pare anzi con sicurezza che i Romani l'abbiano tolto. **Fusinato,** op. cit., pag. 29 e segg. Su questo punto la tradizione e gli scrittori sono concordi meno rare eccezioni. La sua competenza generale e cosi riassunta da **Varrone,** *l. l.* V, 86: « *fidei publicae inter populos praeerant* », e più determinatamente da **Cicerone,** *De leg.*, 9, 21: « *foederum pacis belli indutiarum oratores fetiales iudicesve sunto bella disceptanto.* Il testo di Cic. ha *oratorum;* io ho accettato la correzione del **Lange,** *Röm. Alterth.* vol. I, p. 323 e **Karlowa,** *Röm. Rechtsgesch.* p. 281; secondo il **Lange** *oratores* accorderebbe con *iudices.* **Huschke** mutò in *indutiarum ratorum* (*Zeitschr. f. Rechtsgeschichte* vol. XI, p. 129). **Cogliolo** nella nota *f.* pag. 72 alla *Storia del D. R.* del **Padelletti,** che accetta la correzione del **Lange,** mantiene l'*oratorum* e spiega ambasciatori, legati, perchè dice « negli ultimi tempi feziali e legati coesistettero ».

un regime favorevole alle buone relazioni, contrario all'impiego della forza e della violenza?

Come spiegare quel complesso di principii giuridici che disciplinavano le relazioni di guerra cogli altri popoli, le formalità cioè e le parole solenni e sacramentali rigorosamente necessarie ed essenziali per la *repetitio rerum*, per la *indictio* di un *justum piumque bellum*, per la conclusione di un *foedus* (26), il cui complesso formava l'*ius foeciale?*

Perchè questo valore hanno appunto le parole di molti autori che ripetutamente accennano ad un *ius belli et pacis* (27), che adoperano frasi pertinenti all'*ius civile* trasportandoli nel campo del diritto pubblico esterno, come *condicere pater patratus*, *dare fieri solvi oportere* (28), *condicere bellum*, *pacem obligari spondere*, *agere* o *vindicare ex iure belli* (29), *pignus facere* (30), *ius persolvere*, *adipisci* (31), e quei numerosi frammenti del digesto che si riferiscono ai criterii distintivi del nemico regolare o no (32),

(26) **Liv.**, IX, 8; XXXIX, 36; XL, 11, 23.

(27) **Cic.**, *De off.*, I, 11; « *Atque in republica maxime conservanda sunt* **iura belli**.... *Ac quidem* **belli aequitas** *sanctissime fetiali populi romani* **iure** *praescripta est* »; « *Fetiales pignore facto foedere jure repetebant* »; *De Rep.*, II, 17; *De Leg.*, II, 14 III, 6; *De off.*, III, 11, 29; *Pro Balbo*, 19, 45; 20, 47; *Pro Rege Dejotaro*, 9, 25; *In Verrem*, II, I, 21, 57; *De Lege agraria*, II, 16, 40; **Liv.**, II, 12, 14; V, 27, 6; IX, 1, 5; 3, 11; XXI. 13, 8; XXIV, 33, 3; XXV, 40, 2; XXVI, 21, 12; 31, 9; XXXI, 30, 2; XXXII, 34, 13; XXXIX, 4, 12; 29, 2; 36, 13. **Tac.**, [*Ann.* I, 42; **Flor.**, III, 5, 13; 19, 6; 23, 3; **Giustinus**, 31, 1; **Caes.**, *De Bello gallico*, 7, 41 **Polyb.**, V, 9, 11.

(28) **Liv.**, I, 32.

(29) **Gai.**, III, 92, 94.

(30) **Cic.**, *De off.* I, 11; si veda nota 27 dove è riportato il passo.

(31) **Liv.**, I, 32.

(32) **Ulpianus**, fr. 24, XLIX, 15; **Pomponius**, fr. 118, L, 16; **Ulpianus**, fr. 21, § 1, XLIX, 15. **Cic.**, *De off.*, I, 12; III, 29. **Liv.**, II, 12, XXXI, 30.

che determinano la natura giuridica dell' acquisto del bottino e la misura che di esso spettava allo Stato, la sorte dei prigionieri, ammettendo una reciprocità di diritti perfettamente uguali (33), e dai quali risulta la completa conoscenza del concetto di protettorato (34), di territorio dal punto di vista internazionale (35), di arbitrato (36) di neutralità (37), la nozione netta di agenti diplomatici (38) a cui mentre si negava la partecipazione ad ogni negozio (39) si riconosceva l' immunità di giurisdizione (40), l'esenzione delle imposte (41) dichiarandone in pari tempo la inviolabilità (42) anzi la santità Tutto questo è inesplicabile per coloro i quali negano così recisamente all' antichità classica romana la conoscenza d' un diritto internazionale: ma viceversa riceve una spiegazione soddisfacentissima per me e per gli altri che la pensano diversamente.

Basterebbero queste poche considerazioni puramente aprioristiche a paralizzare quasi del tutto le obbiezioni degli scrittori contrarii all' esistenza di un diritto internazionale presso i Romani e precipua questa: parrebbe che là dove incomincia la lotta terribile delle forze materiali e regna sovrana la violenza debba cessare l' azione del diritto: ma non è così. Che anzi è qui dove questo esplica la sua benefica efficacia circoscrivendo l' azione di quella. E la guerra a questo modo diventa azione giuridica, un concetto

(33) **Pomponius** fr. 5. § 2, e **Paulus,** fr. 17 § 1, LIX, 15.
(34) **Proculus,** fr. 7, pr. § 1, XLIX, 15.
(35) **Pomponius,** fr. 239 § 8, L, 16.
(36) Si veda **De Ruggiero,** op. cit.
(37) **Liv.,** XXXV, 48.
(38) **Pomponius,** fr. 18, L, 7; **Cic.,** *Pilip.*, VIII, 8.
(39) **Paulus,** fr. 8 § 2, L, 7.
(40) **Paulus,** fr. 24, V, 1.
(41) **Cod.,** 8, IV, 61.
(42) **Pomponius,** fr. 17 L, 7.

di diritto (43), in altri termini strumento per conseguire un fine che si concreta nel far rispettare un diritto pertinente in generale ad uno Stato o nel reintegrarlo quando esso è violato.

E una prova di quanto ho detto si ha nel fatto abbastanza significativo che, allorchè i giureconsulti del medio evo cominciarono per la prima volta a formulare le loro teorie sui conflitti di legge o sul diritto di guerra, non poterono fare a meno di appoggiarsi sul diritto romano.

E ciò non per « l'illusion de disciples abusés par l'aveugle foi qu'ils avaient en leurs maîtres » come dice il Lainé (44), che cercavano mettere le loro idee sotto l'alto patronato di un diritto che consideravasi come la *ratio scripta*, ma perchè, meno misoneisti dei giureconsulti moderni, vedevano in quello l'origine vaga ed indistinta di un diritto importantissimo, il cui contenuto si era fatto già netto e determinato.

Ed è appunto per questo che molti scrittori oggi, adoperando il metodo positivo di ricerca, hanno sentito irresistibile il bisogno di risalire fino all'antichità più remota per trovare le prime manifestazioni e le prime regole di un diritto internazionale (45).

Ho detto manifestazioni perchè esagererei in senso contrario se volessi sostenere che a Roma si conobbe un corpo completo di dottrine, una saggia costruzione ed ampia di regole giuridiche in-

(43) **Gaio** energicamente mostra questo carattere della guerra quando parlando della sanzione corrispondente ad una *sponsio* internazionale — unico caso in cui si riconosceva al peregrino la facoltà di obbligarsi secondo le regole dell'*ius civile Quiritium* — soggiunge: « *Quod nimium subtiliter dictum est qui si quid adversus pactionem fiat non ex stipulatu agatur sed iure belli vindicetur* » (III, 92).

(44) **Lainé**, *Traité de droit international privé*, Paris, 1888, vol. I, p. 55.

(45) Oltre gli autori citati nella bibliografia premessa a questo capitolo e che riguardano il diritto romano si vedano quelli citati dal **Fusinato**, op. cit., pag. 6, n. 2.

ternazionali, basate su principii larghi e comprensivi, con un'unità rigorosamente organica, frutto di una elaborazione scientifica da parte dei giureconsulti.

Ed è questo il secondo errore degli scrittori contrarii con il Laurent alla testa. Essi si sono accinti alla ricerca delle origini di un tal diritto servendosi di quei medesimi criteri che solo appena ai giorni nostri hanno una possibile applicazione, dimenticando che tutti gli istituti giuridici non sorgono come Minerva balza armata di tutto punto dal cervello di Giove, ma passano da una forma indistinta e confusa prima, ad una più delineata e distinta poi, fino ad assumere attraverso i secoli, sotto una continua e lenta elaborazione, un' individualità spiccata, netta, autonoma. Ed è questo che non bisogna mai perdere di vista nella ricerca delle antiche istituzioni se non si vuole cadere nell'arbitrario e nel falso. E nello studio appunto delle relazioni esteriori dei popoli antichi, più che in ogni altro, un simile anacronismo è addirittura per così dire nefasto, conducendo a dei risultati erronei, che, allontanandosi le mille miglia dal vero, sono esiziali per la scienza. Infatti si sono messi all' opera coll' idea di trovare un sistema di diritto internazionale come si concepisce oggi. E da un confronto superficiale spuntarono a prima vista enormi divergenze, anzi si videro in quelle antiche relazioni fra popoli e popoli, principii assolutamente contrari ai nostri, e, come dice il Fusinato, si confuse il diritto obiettivamente considerato colla forma particolare che esso può assumere in un determinato momento storico, e se ne dedusse la negazione dell' esistenza di quelle relazioni medesime (46).

Videro ad esempio Roma tendere ad assorbire sotto il suo dominio i popoli, obbligandoli a *servare imperium majestatemque populi romani*, videro proclamata l' *aeterna auctoritas adversus hostem*, e, fraintendendo il significato di queste espressioni, non

(46) **Fusinato,** op. cit., pag. 6.

prese al giusto loro valore, dimenticando di distinguere epoche da epoche, relazioni da relazioni, e che la guerra è la prima forma della vita internazionale manifestatasi come opposizione di interessi scambiando il contenuto del diritto colle forme materiali con cui esso si estrinsecava, saltando a piè pari ogni testimonianza in contrario, guidati dal concetto erroneo affermarono che l'antichità classica, e Roma in ispecie, non potea conoscere un diritto internazionale sia pubblico che privato.

A queste obbiezioni, direi quasi pregiudiziali, ch' io muovo al Laurent e per lui al resto degli scrittori che, su per giù, si basano sui medesimi argomenti, faccio seguire una dimostrazione minuta tendente a provare l'esistenza di un diritto internazionale pubblico e privato in Roma, poggiata sull'esame delle relazioni esterne dei Romani, considerandole nella loro evoluzione in rapporto alla storia politica, che fu sempre tenuta in non cale, quantunque di grandissima importanza nel risolvere la questione.

Ed è questo appunto l' ultimo ed il più grande forse degli errori cui accenno più su, e in cui caddero la maggior parte di quelli che scrissero delle relazioni esterne di Roma.

Essi dimenticarono che la storia dell' *urbs aeterna* non è chiusa, come ben dice il Fusinato, nel periodo dei Re, e che il diritto nascendo colla società, di cui è la più genuina e sincera espressione, varia col variare delle condizioni politiche ed economiche di essa, assumendo continuamente aspetti diversi, sotto l' influsso delle vicissitudini politiche e dei nuovi e sempre crescenti bisogni del popolo, fino a modificarsi in modo radicale.

Servendomi quindi del metodo positivo, che niente afferma senza rigorosamente provare, niente accetta senza sottoporre al più minuto esame, dimostrerò come in Roma non era del tutto estranea l' esistenza di un diritto internazionale pubblico e privato, e che in quelle vetustissime relazioni tra popoli e popoli devono ricercarsi le origini del moderno diritto internazionale, alla stessa guisa che il biologo indaga le prime e deboli manifestazioni della

vita nelle amebe e nelle monere per comprenderne poi le forme più elevate e distinte che essa assume nella sua lenta, ma ininterrotta evoluzione attraverso i secoli.

IV. Riassumo il ragionamento degli autori contrarii: essi dicono che perchè si fosse potuto parlare di un diritto internazionale sia pubblico che privato in Roma avrebbero dovuto necessariamente sussistere le seguenti condizioni:

a) Coesistenza di Stati autonomi e indipendenti, che tali si riconoscano con diritti e doveri reciproci.

b) Riconoscimento dei membri degli altri Stati come *subiecta juris* e quindi una personalità del diritto.

Ora siccome, secondo essi, tali condizioni non si ebbero, così non si ebbe un diritto internazionale nè pubblico, nè privato.

La questione però, a me sembra si presenti molto diversamente. Gli scrittori contrarii sono andati a quelle conclusioni perchè non hanno posto il problema nei suoi veri limiti.

Non si tratta di vedere e di stabilire *a priori* col ragionamento le condizioni essenziali all'esistenza del diritto internazionale sia pubblico che privato come oggi si concepisce, per poi osservare se tali condizioni esistettero in Roma.

No, così la questione si sposta, ma non si risolve nemmeno d'un punto. Perchè, quand'anche si sia dimostrato (cosa che si è fatto specialmente dal Laurent con affermazioni dommatiche, e mi si passi la parola, qualche volta rettoriche (47)) che tali condizioni non si ebbero a Roma nè di fatto nè di diritto, si ripresenta irresoluto ed inesistente come l'ombra di Banco il problema: tutto quel complesso di regole che disciplinano le relazioni esterne pubbliche, sia in tempo di pace che in tempo di guerra, e private di Roma, estrinsecate nei *foedera*, nelle *sponsiones*, nelle *indutiae*,

(47) Si vedano gli *Etudes* vol. III, pag, 10, 24 dove, tra l'altro, dice parando della politica di Roma: « la politique italienne légitime la fraude: nostre sens moral se revolta contra une pareille doctrine.... » !!

negli *hospitia*, nei *plebiscita*, nei *senatus consulta* che portata e che contenuto hanno?

Possono formare l'oggetto di un diritto internazionale?

Come ognuno vede col dire che Roma non conobbe Stati autonomi e indipendenti, nè reciprocità di diritti e doveri, nè personalità giuridica allo straniero, nè un diritto inerente alla persona, non si risponde a quella domanda in modo decisivo.

O se vi si risponde, come ha fatto il Laurent, si può a ragione impugnare la risposta di vizio logico originale in quanto che essa parte da presupposti in assoluta contraddizione con fatti positivi, della cui esistenza vuol darsi una spiegazione!

Posto ciò io non seguirò il metodo di combattere capo per capo le argomentazioni degli autori contrari: ciò facendo mi si potrebbe muovere lo stesso appunto che ho loro rivolto: spostare ma non risolvere la questione.

I termini in cui deve esser posto il problema sono, a mio parere, questi: esistettero in Roma un complesso di regole colle quali si disciplinavano le relazioni esterne sia pubbliche che private?

Possono esse formare l'oggetto di un diritto internazionale?

Perchè una regola possa dirsi di diritto internazionale è condizione necessaria ed indispensabile che si applichi a disciplinare relazioni tra subbietti di diritto, che, pei loro caratteri, siano delle vere persone internazionali, e che inoltre abbia una forma, un contenuto e un fondamento giuridico, vale a dire che costituisca una *regula juris*, in quanto produca un legame giuridico, la cui osservanza si consideri come cosa giusta, e la inosservanza come ingiusta, e che il motivo da cui essa dipende sia giuridico, scaturisca cioè come ineluttabile dalle condizioni pratiche della vita, senza le quali questa sarebbe impossibile.

Posto ciò io mi farò ad esaminare, prima nel campo del diritto internazionale pubblico, se quelle regole hanno una portata internazionale, se si applicarono cioè a persone internazionali: in altri termini se coesistettero nell'antichità classica romana popoli

sovrani e indipendenti con propria e spiccata individualità giuridica e politica tale da costituire organismi autonomi che si trattavano sul piede dell'eguaglianza, e se quelle regole disciplinanti le relazioni, che tra essi intercedevano hanno forma, carattere, e fondamento guiridico.

Il medesimo esame rinnoverò poi nel campo del diritto internazionale privato.

Solo quando avrò compito tali ricerche potrà darsi una soluzione esauriente alla questione cui ho accennato: essa di certo non potrebbe essere colpita facilmente dalla critica demolitrice, e le conclusioni ricavate con metodo positivo senza dommatiche affermazioni condurrebbero alla finale definizione del problema così contradittoriamente risolto dagli scrittori, che fino ad oggi se ne sono occupati.

CAPITOLO II.

Roma ebbe un diritto internazionale pubblico (*)

I. Le relazioni pubbliche esterne di Roma in varii periodi della sua storia. II. Se le regole adoperate per disciplinare tali relazioni hanno portata internazionale. III. Esame delle formalità necessarie alle conclusioni dei *foedera* e del contenuto di qualcuno di essi. IV. Il diritto di batter moneta, l'*ius exilii*, l'*ius postliminii*. V. Le relazioni in tempo di guerra.

I. Non mi dilungherò qui a dimostrare che Roma ebbe fin da remotissimi tempi relazioni coi popoli vicini.

Quest'affermazione urta contro l'opinione dominante che proclama con sicurezza la stato naturale di guerra continua, non interrotta se non dalla pace nascente da un patto espresso, essere il principio informatore delle relazioni esterne dei popoli dell'anti-

(*) BIBLIOGRAFIA: **Barbeyrac,** *Histoire des anciennes traités depuis les temps les plus reculés jusqu' à l'empereur Charlemagne,* Amsterdam, 1639 **Danz,** *Das sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr*, Jena, 1875; **Egger,** *Etudes historiques des traités chez les Romaines et les Grecs*, Paris, 1865; **Kuntze,** *Der Parallelismus des ius publicum und privatum bei den Römern,* Leipzig, 1889; **Larivier,** *Les traités conclus par Rome avec les rois étrangers,* Paris 1882; **Ferrenbach,** *Die amici populi romani in der republicanischer Zeit*, Strassburg, 1895; **Mommsen,** *Droit public romain*, trad. francese, vol. I e VI; *Römische Forschungen*, Berlin, 1862; **Pernice,** *Parerga. II. Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrechte* nella *Zeitschrift der Sav.-Stiftung f. Rechtsgeschichte,* vol. V. 1884, pag. 1-135.

chità. Ma tale opinione a me pare non si possa sostenere. Basterebbe a provare il contrario, quand' anche mancassero altri argomenti diretti che si rinvengono abbondantissimi in proposito, le guerre fin di buon ora sostenute dai Romani, la coniazione delle monete avvenuta prestissimo (1), un completo sistema di mezzi di comunicazione che ancor oggi fa meraviglia e il fondo comune di molte istituzioni.

La guerra infatti è la prima forma che assumono le relazioni internazionali manifestatesi con opposizione d' interessi. Ma tale opinione riferita è frutto di una deplorevole confusione apportata dal preconcetto viziato degli autori che l' hanno emessa. Essa infatti è sorta trasportando nel campo delle relazioni pubbliche l' esagerato concetto dell' esclusivismo romano dal campo del diritto privato. Questi scrittori osservando che lo straniero in Roma non poteva usufruire dell' *ius civile*, nè pretendere alcuna protezione *giuridica* dello Stato in cui trovavasi, rimanendo teoricamente

(1) **Mommsen,** *Histoire de la monnaie romaine,* trad. Braças, Vol. V. pag. 176. La tradizione e le prove fanno ritenere quasi certo che Servio Tullio sostitui all'*aes rude* il *signatum*. A nessuno può sfuggire l' importanza di questo fatto. La moneta che rappresenta la misura del valore di cambio è di necessità pressochè relativa ad un popolo il cui commercio è scarso, come fu a Roma nelle sue origini, perchè pare che sia da accogliersi con qualche riserva l' assoluta opinione del **Mommsen** che Roma sorse pel commercio: ammetto però che ad esso deve quel rapido sviluppo che altrimenti, data la brevità del tempo, è poco spiegabile. Il trovare quindi in tempo relativamente recente rispetto alla sua fondazione, un sistema di monete d'argento e di bronzo non solo in Roma, ma anche presso gli altri popoli vicini, come spiegarsi se non colla presenza di un commercio sviluppato, che non si tiene dentro i limiti di un popolo, ma ne esce mettendolo in relazione coi popoli vicini? Il **Voigt** anzi, accenna ad una moneta internezionale: « . . . . gleich wie man in dem neu eingeführten Silbergelde und Sexantarasse ein Münze schuf, die dem internationalen Geschäftverkehr zu dienen berufen war . . . . »; *Röm. Rechtsgesch,* Vol. I, pag. 154. Si veda pure in proposito **Samwer,** *Gesch. d. ält. röm. Münzwesens,* p. 66.

nella sua *potestas*, e osservando che uguale era il trattamento in tempo di guerra, ne dedussero, ognun vede con quanta ragione, che la guerra era lo stato naturale dei popoli, senza pensare che guerra giammai poteva esservi senza quelle lunghe e rigorose procedure di cui ho fatto già cenno riserbandomi appresso di discorrerne più a lungo. E il celebre e frammento di Pomponio (*Dig.* 15, § 2, XLIX, 15) è la prova più splendida di quanto affermo. « *Si cum gente aliqua* — dice il giureconsulto — *neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus,* **hi hostes quidem non sunt;** *quod autem ex nostro ad eos pervenerit, illorum sit et liber homo noster ab eos captus servus sit eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat* ». L' opinione contraria urta frangendosi completamente, contro questo frammento e contro altri simili e, come si vede, non ha gran fatto bisogno di ulteriore confutazione.

Posto ciò, ed ammesso che Roma ebbe relazioni pubbliche e private coi popoli vicini, bisogna vedere se le regole che le disciplinavano, hanno una portata internazionale.

Prima di risolvere questa prima parte del problema propostomi, occorre fare una divisione in periodi della storia di Roma, per studiare i vari rapporti esterni nella loro evoluzione.

Il primo periodo, un po' lungo, va dalle origini fino al 533 avanti Cristo, il secondo sino al 212 dopo Cristo, il terzo finisce colla codificazione giustinianea del 553 d. C.

Come può benissimo osservarsi, le divisioni non sono arbitrarie, ma secondo un criterio determinato.

Ho scelto per limite di un periodo un fatto storico tale, che, creando un nuovo stato di cose, ha dato al diritto una direzione diversa.

Così nel 533 a. C. colla battaglia di Zama, annientata l' indipendenza politica di Cartagine, Roma comincia a mutare in egemonia pesante la sua posizione rispetto agli altri Stati: già lo scioglimento della lega latina del 486 ne è il primo sintomo: nel 212 d. C., Caracalla concesse la cittadinanza romana a tutti i sudditi

viventi dell' impero (2) mentre poi colla codificazione giustinianea sparì ogni distinzione pratica tra *cives* e *peregrini*.

Un' altra osservazione.

Non bisogna credere che il limite d' un periodo sia reciso, che, per esempio, dopo il 553 a. C., tutto quanto il diritto pubblico esterno di Roma sia cambiato. Un periodo si distingue dall' altro per la prevalenza dei caratteri speciali non comuni al successivo o al precedente, che gli danno un' impronta ed una fisionomia propria. Perciò non deve meravigliare se nel secondo periodo troviamo ancora dei caratteri speciali al primo, e viceversa. Salti bruschi come in natura, così nella storia civile, politica e giuridica non se ne hanno, ma evoluzione lenta, assidua, continua.

Premesso questo, mi faccio ad esaminare la prima parte della questione: se cioè quelle regole che si trovano a Roma, e di cui ho parlato, hanno una portata internazionale in quanto si applicavano nelle relazioni tra popoli indipendenti, che si trattano sulla medesima base di eguaglianza e reciprocità. In altri termini, se Roma conobbe Stati sovrani, con tutti i requisiti di una persona internazionale, tali da formare con essi una coesistenza di fatto e di diritto, e se ciò avvenne costantemente.

Per quel che riguarda il primo periodo, e più propriamente la prima metà di esso, il problema potrebbe risolversi in certo modo *a priori*, con una semplice osservazione di fatto.

Basta pensare che Roma nei primi tempi della sua esistenza si trovò a contatto con popoli assai forti, e con una sviluppata organizzazione politica, dai quali anzi fu sul punto di esser com-

(2) È oggetto di disputa se tale concessione venne fatta solo ai viventi nell'impero in quel tempo. Così si cerca spiegare come i giureconsulti anche dopo Caracalla potessero continuare a parlare delle tre classi dei *peregrini*, dei *Latini* in opposizione ai *cives*. **Ulpianus,** X, 4; XIX, 4, **Paulus,** IV, 98; 10, 3.

pletamente schiacciata, e coi quali dovette conchiudere qualche volta una pace vergognosa (3).

Se a questa considerazione si aggiunge che dei motivi molto fondati fanno ritenere come certo che alcuni istituti, i Feziali, ad esempio, siano stati presi da Roma a popoli vicini, e che molta analogia si riscontra nell' esame di molti altri (4), ne viene per logica e necessaria conseguenza, che in questi primi tempi Roma dovette, quasi per forza, riconoscere l' indipendenza e la sovranità di tali popoli, e dovette trattarli e contentarsi di essere trattata ad eguali condizioni, ammettendo completa reciprocità di diritti e doveri.

Una rapida occhiata alla storia basta per convincere del valore di questo argomento, abbastanza importante, anche nel caso mancassero altre prove dirette, che riguardano le epoche successive. Ma queste fortunatamente esistono, ed in buon numero in ispecie per quello.

Ne addurrò qui alcune, fermandomi sulle principali, quali sarebbero i trattati conchiusi da Roma coi popoli italici ed extra italici, e le relazioni di guerra.

Non istarò ad esporre e ad enumerare la interminabile filza che di quelli ci è pervenuta tramandataci dagli scrittori classici, perchè altri li ha diligentemente studiati nei loro molteplici aspetti, eppoi non ne sarebbe qui il caso.

Al mio scopo basta solo vedere se in questi trattati o in quelle regole che disciplinavano rigorosamente le relazioni di guerra le parti contraenti o belligeranti si trovano nelle stesse condizioni di

(3) **Tac.,** *Hist.*, III, 72; **Plin.,** *h. n.*, XXXIV, 14; **Dionys,** VII, 34, Il primo trattato coi Sabini, quello con Porsenna, la *sponsio* delle forche Caudine ne sono una conferma.

(4) **Cic.,** *De off.*, III, 29: « *Adversus hostem ius foeciale et multa sunt iura communia* ». *Hostis* ha qui il significato di straniero come meglio si vedrà appresso, cap. VI, 1.

eguaglianza giuridica e politica; e quindi se Roma riconosceva coi popoli coi quali trattava o combatteva l'autonomia e l'indipendenza, condizioni essenziali perchè essi potessero diventare i soggetti di una regola avente portata internazionale.

Quì però è necessaria una distinzione per evitare gli equivoci e le obbiezioni che mi si potrebbero muovere.

I rapporti pacifici che Roma ebbe cogli altri popoli, che per adesso non chiamo internazionali, volendo far scaturire questa parola quando, *rebus ipsis dictantibus,* ho dimostrato tale essere la loro essenza, si possono riassumere in rapporti di alleanza e di dipendenza.

I primi comprendono l'*amicitia*, l'*hospitium publicum*, il *foedus*, e la *societas* (5), i secondi il *municipium*, la *colonia* e

(5) **Pomponius,** fr. 5, § 2, XLIX, 15: « *Nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus causa amicitiae factum habemus* . . . . ». La differenza che intercede tra queste relazioni è la seguente. L'*amicitia* è un'espressione vaga che va unita tanto con *foedus* che con *hospitium*. Il frammento citato di **Pomponio** e un altro di **Paolo** (*Dig. eod. tit.* 17 pr.) lo confermano chiaramente. Essa è il minimo di relazione che si potesse accordare ad uno Stato straniero e produceva la protezione giuridica dei cittadini. L'*hospitium* era un rapporto più stretto che non la semplice *amicitia*. Il **Mommsen** nelle sue *Röm. Forsch.* (Vol. II, pag. 343) dimostra che esso consisteva nella concessione della pubblica e reciproca tutela giuridica dei cittadini nei rapporti di diritto privato. Si veda pure **Voigt** op. cit., vol. II, pag. 53 e in ispecie pag. 59 nota 34; **Livio,** I, 45, V, 30 ed **Aulo Gellio,** V, 30. Il *foedus* infine era il legame più stretto che potesse passare tra Roma e gli altri popoli e produceva effetti maggiori: poteva financo concedere il voto nei comizii tributi. **Livio** così distingue i *foedera* (XXXIV, 57): « *Sunt enim tria genera foederum quibus inter se paciscentur amicitias, civitates, regesque. Unum quum bello victis dicerentur leges: ubi enim omnia ei qui armis plus posset dedita essent quae ex his haberi victos, quibus multari eos velit ipsius jus atque arbitrium esse* ». Esempi se ne trovano in **Gellio** (VI, 5) e nello stesso **Livio** (XXX, 15, 11, 25). « *Alterum quum pares bello ae-*

la *provincia.* Di questi ultimi non parlo per ora perchè non interessano l'attuale argomento.

Le relazioni di guerra concernono la dichiarazione di guerra e le convenzioni tra belligeranti, le quali comprendono le *indutiae* o tregue (6) che sospendevano le ostilità, lo scambio dei prigionieri, la concessione di salvacondotti.

Ho accennato a tale distinzione perchè quando fra poco parlerò di trattati, dividendosi questi in parecchie categorie, intenderò alludere in ispecie a quelli conchiusi con coloro *qui hostes nunquam fuerunt,* e con coloro *qui bello pares fuerunt* (7).

Posto ciò, due vie si presentano nella ricerca propostami: o dimostrare che i popoli coi quali Roma aveva queste relazioni, sono per così dire *persone internazionali* indipendenti e sovrane, e che tali reciprocamente si riconoscevano, servendomi come prova

quo foedere in pacem atque amicitiam venerunt tunc enim repeti reddique per conventionem res et si quorum turbata bello possessio sit eos aut ex formula iuris antiqui (si confr. **Livio,** XXVI, 24; XXXII, 33; XXXIX, 25, 26) *aut ex pactis utriusque commodo componi. Tertium esse genus quum qui hostes nunquam fuerunt ad amicitiam sociali foedere se jungendum coeant: eosque dicere neque accipere leges: id enim victoris et victis esse* ». Però i varii termini si trovano spesso adoperati scambievolmente e bisogna ciò attribuire in parte alle mutate condizioni politiche di Roma, in quanto si indicava con una medesima parola un contenuto alquanto diverso dal primitivo. **Cicerone** infatti, pone l'*amicitia* e il *foedus* sotto il concetto comune di *societas* (*Pro Balbo,* IX, 25), mentre **Livio** distingue gli *amici* e i *soci* (XXXIV, 32) e gli amici vengono altrove chiamati *foederati* (XXVIII, 34). Ho accennato qui a tali rapporti riserbandomi di ritornarvi più ampiamente appresso specialmente per quel che riguarda il loro contenuto. Si veda **Padelletti-Cogliolo,** *Storia del Dir. Rom.*, pag. 76 e segg. donde io ho tratto in parte queste notizie. Nemmeno il *foedus iniquum,* quello cioè conchiuso *cum victis bello* era, giuridicamente parlando, un rapporto di dipendenza. Ciò si vedrà meglio appresso.

(6) **Paulus,** fr. 19, § 1, XLIX, 15; **Aulus Gellius,** *Noct. Att.*, I, 25.

(7) Si veda la nota 5 in fine.

dei trattati, esaminandoli sia dal lato formale, cioè dal modo con cui si conchiudevano, e dalle condizioni essenziali alla loro esistenza, sia dal lato materiale, cioè dal contenuto, dimostrando la assoluta impossibilità che le condizioni in esse inserite potessero regolare rapporti con Stati politicamente dipendenti da Roma: ovvero stabilire quali sono i requisiti essenziali della sovranità di uno Stato, quali allora si concepivano, e vedere quindi chi li possedette nei varii periodi di tempo, documentando s'intende ogni affermazione in proposito.

Questo secondo metodo è molto più comodo, ma più lungo, mentre il primo offre il vantaggio di una maggior brevità e di una minore sterilità, riducendosi quello ad un' arida enumerazione e citazione di frammenti e iscrizioni.

Uguale studio farò sulla procedura per la dichiarazione di guerra.

Seguirò quindi la prima via tracciata, della seconda me ne servirò come una riprova, e, subordinatamente, per determinare sino a qual tempo Roma conobbe Stati indipendenti e sovrani.

II. Non starò quì a ripetere ciò che il Mommsen, l' Huschke, il Pernice, il Danz, il Kuntze e molti altri hanno splendidamente dimostrato (8) con argomenti irrefutabili, che un legame strettissimo di somiglianza tutt' altro che accidentale avvince le relazioni tra i privati con quelle che passano tra gli Stati, riguardo al modo con cui venivano disciplinate. Nella esterna apparenza infatti, la stessa rigidezza e solennità di forme, lo stesso carattere simbolico delle cerimonie che governano i rapporti dei privati cittadini si presentano con la medesima severità in quei rapporti che cor-

(8) **Mommsen,** *Droit public rom.*, Vol. I, p. 280; **Huschke,** *Das ält. röm. Iahr*, pag. 322; **Pernice,** *Parerga II*, nella *Zeitschr. d. S. S.*, Vol. V, pag. 1 e segg.; **Kuntze,** *Der Parallelismus des Ius publ. und privat. bei den Römern.*

rono tra gli Stati. E tale analogia, non soltanto formale ma sostanziale, studiata accuratamente, da ragione sufficiente a far credere che si trattasse di tutto un unico procedimento, che regolasse con le stesse forme le controversie dei privati e quelle delle nazioni. Le conclusioni dei trattati tra popoli e popoli infatti, sono disciplinate colle medesime regole colle quali l' *ius civile* reggeva le convenzioni stipulate dai cittadini: similmente la procedura della *indictio belli* trova un esatto riscontro in quella delle *legis actiones* (9). E tale analogia era anche sostanziale, inquantochè la nullità di un trattato qualsiasi o di un *indictio belli* aveva per motivo la medesima mancanza di condizioni essenziali che rendevano nullo un negozio giuridico conchiuso tra privati o una procedura per *legis actiones* dinnanzi al magistrato.

Ho quì richiamato tale analogia appunto perchè essa viene stupendamente a far rilevare quello che io intendo mostrare, e che molto comunemente si nega, che cioè Roma riconosceva negli altri popoli una spiccata personalità internazionale, uno Stato provvisto di quei medesimi diritti e nella egual misura che spettavano alla Repubblica. Infatti, per ciò che riguarda la capacità giuridica a trattare, i Romani non conoscevano come capaci una accozzaglia qualunque di gente senza organizzazione politica. Le *sponsiones*, i *foedera*, l' *indictio belli*, le *indutiae*, hanno sempre da una parte la Repubblica Romana, dall' altra un popolo organizzato politicamente e giuridicamente, una *civitas* regolarmente costituita, da presentare tutti i caratteri di Stato.

E ognuno vede come questa considerazione è di massima importanza, inquantocchè costituisce la riprova più evidente di quanto ho affermato.

Come dunque nel diritto privato i Romani non ammettevano assolutamente che chi non fosse soggetto di diritto, lo schiavo ad esempio, o fosse *alieni juris*, come il figlio di famiglia, non potesse

(9) **Gai.**, III, 94.

in alcun modo obbligarsi validamente per sè, così nel diritto pubblico non concepivano capace di trattare un *omnis hominum coetus quoquo modo congregatus sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis commune consociatus* (10).

E due prove si hanno di ciò, una negativa, nel senso che nessun trattato esiste con quel popolo che non costituisce uno Stato autonomo, con un'individualità giuridica e politica propria, l'altra positiva secondo la quale, quando l'indipendenza e la personalità giuridica di una *civitas* era affievolita o scomparsa, sparisce il carattere bilaterale di convenzione che presuppone libera volontà di obbligarsi in un modo piuttosto che in un altro, e subentra una legge del popolo romano.

Ciò avviene in Italia dopo il secolo VI: infatti i trattati sussistono ancora per quei popoli sovrani extra-italici, sino a che anche essi a poco a poco non vengono sostituiti da leggi.

La medesima osservazione deve farsi per quello che riguarda le regole disciplinanti la dichiarazione di guerra.

Con una chiarezza mirabile i giureconsulti romani e gli autori ci danno una esatta distinzione tra nemico regolare e irregolare, e da essi si rileva come la guerra doveva, per chiamarsi tale, esser dichiarata pubblicamente dalla Repubblica a un popolo, con procedura determinata, e viceversa. « *Hostes*, dice Ulpiano (11), *sunt quibus bellum pubblice populus romanus decrevit, vel ipsi populo romano; caeteri latruncoli vel praedones appellantur* ». Con uguale precisione Pomponio (12) ci fa chiaramente vedere come i Romani riconoscevano per belligeranti solo quei popoli che presentavan tutti i caratteri di una *civitas*: infatti nè le lotte civili, chiamate impropriamente guerre, nè le bande armate di una gente non organizzata a Stato che assalivano i Romani costituivano la

(10) **Cic.,** *De Rep.* I. 25; *Phil.*, IV, 5, 6.

(11) **Ulp.,** fr. 24, XLIX, 15.

(12) **Pomp.,** fr. 3, XLIX, 15.

vera guerra, uscendo pei loro caratteri fuori dal dominio del diritto internazionale. E che differenza vi si trova tra questo concetto dell'antichità classica con quello che in proposito nei moderni trattati di diritto internazionale viene esposto?

Può quindi sicuramente affermarsi fin d'ora che tali regole hanno una portata internazionale, applicandosi a popoli aventi tutti i requisiti dell'organismo politico, dello Stato.

III. Continuando l'esame, riconosciuto chi i Romani intenderono capace di stipulare un trattato, passiamo a determinare le formalità richieste per la sua conclusione. Valgon qui le stesse norme che si trovano nell' *jus civile:* Si vede come è necessario assolutamente il *duorum in idem placitum consensus*, che consiste nello scambio di libere volontà dei due Stati contraenti, rappresentati in forma solenne da persone stabilite dalla legge e non scelte a caso, dal loro libero consentimento, sotto forma di due interrogazioni e di due risposte ugualmente solenni.

— « *Pacem furam spondes?* ».

— « *Spondeo* » (13).

Si vede come è essenziale la rogazione di un atto scritto constatante la convenzione (14), la firma dei contraenti, essenziale il reciproco solenne giuramento di non violare i patti stabiliti (15).

Ora tutto questo non dimostra una uguaglianza là più stretta, una parificazione la più assoluta nei due Stati che contrattavano?

Non si riscontra in essi quella libertà di obbligarsi in un

(13) **Gai.**, III, 94.

(14) Di tale scrittura parla **Livio**, (XXVI, 4, I, 24, *uti illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo*). **Polyb.**, III, 26; **Svet.**, *Vespas.*, 8; **Cic.**, *ad famil.*, XIII., 36. Per lo più era incisa sul rame; **Cic.**, *Pro Balbo*, 23, **Liv.**, II, 33.

(15) **Liv.**, I, 24, XI, 5.

modo piuttosto che in un altro, caratteristica di una spiccata individualità politica e di una piena sovranità?

Ma ciò non basta ancora.

Se si guarda al contenuto dei *foedera* tale concetto spicca e si afferma distinto e più preciso con mirabile chiarezza.

Non posso qui esaminare una per una le clausole di tutti e nemmeno di molti trattati conchiusi tra Roma e gli altri popoli. Ne citerò semplicemente due: il primo del 241 a. C. con Cartagine e il celebre *foedus Cassianum* del 261 coi Latini, i cui testi non ci vengono riferiti dagli scrittori classici nella loro integrità.

Ciò non toglie però che dalle molte notizie possedute non si possa ricostruirli e intuirne le disposizioni speciali.

Il primo trattato con Cartagine, come pure i seguenti, che nelle sue linee generali ci viene riferito da Polibio, e che io riporto per intero (16) perchè possa il lettore più facilmente con-

(16) **Polyb.**: III, 22 « I. Ἐπὶ τοῖσδε φιλίαν εἶναι Ῥωμαίοις καὶ τοῖς Ῥωμαίων συμμάχοις, καὶ Καρχηδονὶοις καὶ τοῖς Καρχηδονίοων συμμάχοις. II. Μή πλεῖν Ῥωμαι'ους, μηδὲ τοὺς Ῥωμαίων συμμάχους ἐπέκεινα τοῦ Καλοῦ ἀκροτηρίου, ἐὰν μή ὑπὸ χειμῶνος ἢ πολεμίων ἀναγκασθῶσιν· Ἐάν τις βίᾳ κατενέχθῇ, μὴ ἐξέστω αὐτῷ μηδέν ἀγοράζειν, μηδὲ λαμβάνειν [μηδέν], πλὴν ὅσα πρὸς πλοίου ἐπισκευὴν ἢ πρὸς ἱερά· [ἐν πέντε ημεραίς δὲ αποτρεχέτωσεν οἱ κατενεχθέντες] (*a*) III. Τοῖς δέ κατ'εμπορίαν παραγιγνομένοις, μηδέν ἔστω τέλος, πλὴν ἐπὶ κήρηκι ἢ γραμματεῖ· Ὅσα δ'ἂν τούτων παρόντων πραθῇ, δημοσίᾳ πίστει ὀφειλέσθω τῷ ἀποδομένῳ Ὅσα ἂν ἢ ἐν Λιβόῃ ἢ ἐν Σαρδόνι πραθῇ· IV. Ἐὰν Ῥομαιῶν τις εἰς Σικελίαν παραγίγεται, ἡς Καρχήδόνιοι 'πάρχουσιν, ἴσα ἔστω τα Ῥωμαίων πάντα· V. Καρχῆδόνιοι δὲ μὴ ἀδικείτωσαν δῆμον Ἀρδεατῶν, Ἀντιατιῶν, Λαρεντίνων, Κιρκαμτῶνι Ταῤῥακινιτῶν, μηδ'ἄλλον μηδένα Λατίνων, ὅσοι ἀνύπήκόοι· VI. Ἐὰν δὲ τινες μὴ ὦσιν ὑπήκοιι τῶν πόλεων ἀπεχέσθωσαν· ἂν δὲ Λάβωσι Ῥωμαίοις ἀποδιδότωσαν ἀκέραιον· φρούριον μὴ ἐνοικοδομεὶτωσαν ἐν τῇ Λατίνῃ· Ἐὰν ὡς πολέμιοι εἰς τὴν Χώραν εἰσελθωσιν, ἐν τῇ χώρᾳ μὴ εννοκτερυε τῶσαν. ».

(*a*) Queste parole si rilevano dal medesimo Polibio III, 23. 3.

vincersi, non implica alcuna preminenza di un popolo sull'altro. Non solo tra Roma e Cartagine — era stabilito — vi sia amicizia, ma anche tra gli alleati dei Romani e dei Cartaginesi (art. 1). Le stipulazioni tra privati si fanno coll'assistenza di un pubblico ufficiale del luogo in quanto altrimenti non avranno alcun valore (πλὴν ἐπὶ κήρυκι ἢ γραμματεῖ). In ciò si vede sin da ora applicato il principio *locus regit actum* (art. III) (17). I Romani in quelle terre soggette ai Cartaginesi ἴσα ἔσθωσαν τὰ 'Ρωμαίων πάντα: cioè godranno dei medesimi diritti che i Cartaginesi.

E tale eguaglianza brilla ancora più chiara nel secondo trattato conchiuso nel 406, dove il Romano è pari al cittadino (ὥσα τῷ πολίτῃ ἔξεστιν).

Passando poi ad esaminare il *foedus Cassianum* nel 261 coi Latini io sfido chiunque a dimostrare che vi si contenessero delle disposizioni dalle quali risulti una benchè minima preponderanza o supremazia dei popoli confederati (18).

Eccone il contenuto riportato da Dionisio (19): « 'Ρωμαίοις καὶ ταὶς Λατὶνων πόλεσιν ἀπάσαις εἰρήνη πρὸς αλλέλους ἔστω μέχρις ἄν οὐρανός τε καί γῆ τήν αὐτήν στάσιν ἔχουσι; καὶ μήτε αυτοὶ πολεμείτωσαν πρὸς ἀλλήλον, μητ'ἄλλοθεν πολεμίος ἐπαγέτωσαν μήτη τοῖς ἐπιφέρουσι πόλεμον, ὁδοὺς παρχέτωσαν ἀσφαλεῖς, βοηθείτωσαν, τε τοῖς πολεμουμένοις ἀπάσῃ δυνάμει. λαφύρων τε καὶ λείας τῆς ἐκ πολέμων κοινῶν τὸ ἴσον λαγχανέπωσαν μέρος ἑκάτεοι· Τῶν τε ἰδιωτικῶν συμβολάιων αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέθωσαν παρ' οἱς ἄν γένηται τὸ συμβολάιον.

(17) Si veda più avanti il cap. VII dove è ampiamente trattata la questione se i Romani conobbero il principio del *locus regit actum.*

(18) La parità assoluta scorgesi pure nel trattato che fece Servio Tullio colle città latine riportato da **Dionys,** IV, 25, 26.

(19) **Dionys,** (VI, 95)- **Liv.,** (II, 33) e **Cic.,** (*Pro Balbo* 22, 53) dicono, che il testo fu inciso su una *columna aenea* e che si leggeva nel foro negli ultimi tempi della repubblica.

Dionisio chiama questo trattato ἰσοπολιτεία (20) cioè un legame che stringe due o più stati autonomi e indipendenti, pel quale ai rispettivi cittadini si concede assoluta eguaglianza di capacità giuridica sia perciò che riguarda il *commercium* sia pel *connubium* e pel *domicilium* in ciascuna città della confederazione.

Infatti tra Latini e Romani si ammise il *connubium* (21), il *commercium* (22), si regolò la procedura da seguirsi nelle controversie nascenti dai contratti, si stabilirono delle norme in materia di pegni e di mutui (23) e, quel che più è notevole, il turno nel comando supremo dell'esercito.

Ciò che Cicerone scrive su questo trattato parafrasando Dionisio basta a dimostrare, quand'anche mancassero altre prove, la sovranità che Roma riconosceva nei Latini: « *Romanis autem et omnibus Latinorum populis fit pax dum coelum et terram eandem stationem obtinuerint* » E aggiunge.... « *istis autem foederibus nihil addi aut demi nisi ex communi omnium Romanorum consensu liceat* (24).

Di fronte a queste ultime parole come è lecito dubitare? (25)

(20) La definizione del contenuto di ἰσοπολιτεία si ricava dalla convenzione conchiusa dai comuni cretesi dei Ἱεραπύτνιοι e Πριάνσιοι. *Corpus Inscript Graec.*, 2556, 2557.

(21) Nell'anno 416 fu tolto collo scioglimento della lega: quindi esisteva prima; **Livio,** VIII, 14; IX, 1, 3.

(22) Il **Voigt,** (*XII Tafeln,* vol. I, pag. 275) nega però che avessero i *commercium agrorum.*

(23) **Festo** dice: *item in foedere latino*: « *pecuniam quis nancitor habeto* » *et* « *si quis pignoris nanciscito tibi habeto* ». Si dubitò però dell'esistenza di un vero pegno nel 261. Si veda **Voigt,** *XII- Taf.*, vol. II, p. 155 e not. 152.

(24) **Cic.,** *Pro Balbo,* 23.

(25) Ciò viene a confermare sempre più quello che dissi sulla libertà degli Stati contraenti. **Livio,** II, 33.

Come può negarsi la coesistenza giuridica di Stati autonomi e sovrani e affermare che Roma li sconosceva se ad essa nel *foedus Cassianum* fu proibito dagli stati federati a che stringesse una separata convenzione con altra città latina, se in altre parole le venne limitata la sovranità che si esplica precipuamente nella libertà delle relazioni esterne (26)?

Non basta nemmeno questo a dimostrare il mutuo riconoscimento dell'indipendenza, in quanto reciprocamente veniva a limitarsi il diritto caratteristico di uno Stato, la sovranità cioè?

IV. Fin quì ho dedotto la prova della coesistenza di stati politicamente indipendenti e sovrani, tali da costituire persone internazionali, dall'esame dei trattati riguardandoli e dal lato formale che dal materiale, cioè del loro contenuto. Ma altri argomenti più decisivi si trovano, coll'aiuto dei quali la questione viene ad essere decisa del tutto senza lasciare alcun dubbio.

Così nell'antichità come ai nostri giorni il diritto di batter moneta è considerato come un privilegio degli Stati sovrani. Non è concepibile oggi uno Stato il quale governandosi da sè con proprie leggi, propri istituzioni, libero nelle sue relazioni cogli altri Stati, non abbia il diritto di batter moneta, il quale ha esclusivo fondamento nella sua personalità giuridica spiccata ed eminente.

E che il medesimo concetto era nell'antichità classica si può dedurre da ciò: che il disconoscimento da parte di uno Stato della sovranità di un altro, o meglio il riconoscimento della esistenza di uno stato consisteva soltanto nel riconoscergli il diritto di batter moneta (27).

(26) Si veda **Mommsen,** *Röm. Gesch.*, vol. I, c. VII, dove si dimostra splendidamente quale è il posto politico di Roma nella confederazione dei popoli razza latina.

(27) Si confr. più a lungo **Mommsen,** *Histoire de la monn. romaine*, vol. I, pag. 193, e vol. III, pag. 171 e seg. e gli esempi citati.

E viceversa per ridurre ad una semi-indipendenza politica o a toglierla del tutto ad uno Stato sino allora sovrano gli si levava, sia completamente, il diritto di batter moneta, sia restringendolo a monete d'argento e di bronzo (28).

Posto ciò se si trovano in Italia e fuori d'Italia Stati i quali hanno un tale diritto, nel senso che coniano monete d'oro, d'argento e di bronzo, con sistema completamente proprio, con emblemi ed iscrizioni particolari, nei quali si concretizza esteriorizzandosi la sovranità, se si trovano infine delle speciali tariffe a Roma nelle quali sono riportati i diversi valori di tali monete, ragguagliandole a quelle romane, a me pare che *rebus ipsis dictantibus* bisogna riconoscere l'indipendenza e la sovranità di questi Stati.

La storia sta infatti a riprovare tutto quanto ho detto.

I popoli federati stretti a Roma con vincolo di *foedus aequum*, sulla stessa base cioè di diritti e di doveri, hanno monete proprie essendo sovrani (29).

Mi risparmierò citarne i nomi. Chi ha curiosità di conoscerli li troverà nella magistrale opera del Mommsen, più volte citata, nel corso di queste pagine.

Ma la piena sovranità, la più assoluta, si manifesta ancora in un diritto caratteristico che si riscontra presso tutti i popoli autonomi e indipendenti: nell'*ius exilii*, cioè nel mutuo riconoscimento della politica indipendenza in forza di che *exul* romano poteva

(28) Esempi in **Mommsen,** *loc. cit.*, vol. I. pag. 127, 145, 169.

(29) **Mommsen,** op. cit., vol. III. pag. 178 dice: « Noi possiamo trovare un fatto simile nella confederazione di Roma coi popoli d'Italia e vedere come gli Stati che hanno avuto più indipendenza politica sono appunto quelli che hanno avuto il più largo diritto di batter moneta. I confederati di Roma entrano in questa categoria e in prima linea le colonie latine come le più favorite. (*Latinis id est foederatis;* **Cic.,** *Pro Balb.*, XXIV, 54) ».

domiciliarsi in una città sovrana acquistandone la cittadinanza e viceversa (30).

Sarebbe assurdo immaginare che questo *jus exilii* potessero averlo Stati ai quali non forse riconosciuta da parte di Roma la sovranità e l'indipendenza.

Perchè come spiegarlo allora?

E che infatti è prerogativa assoluta dell'indipendenza politica la prova che nessuno di quei popoli indipendenti prima, lo conservò appena Roma fece sentire su di essi una pesante egemonia, che affievolì o tolse del tutto la loro sovranità.

Ma altre prove più dirette si trovano nelle fonti.

Festo alla voce *postliminium* riporta in proposito le parole di Elio Gallo, giurista vissuto negli ultimi tempi della repubblica che dice: « *Cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium nobis est uti cum hostibus: quae nationes in dicione sunt his postliminium nullum est.* » (31).

Da queste parole si ricava che Roma riconosceva Stati indipendenti, sia essi federati, liberi o *hostes*, in quanto ammetteva che al di là dei suoi confini cessava la sua autorità, e quando il *civis romanus fines excessit* (Dig. XLIX, 15, 18, § 3) non poteva garentirlo colle sue leggi, perchè al di là vigevano altre leggi. E però l'istituto del postliminio se bisogna ed è necessario con quei popoli indipendenti, non lo è con quelli che *in dicione sunt*, appunto perchè, mancando questi dell'indipendenza politica il diritto di Roma

(30) **Cic.**, *Pro Balbo*, XI: « *Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest: non esse huius civitatis, qui se alii civitati dicarit, potest Neque solum dicatione quod in calamitate clarissimis viris Q. Maximo, C. Laenati, Q. Philippo Nuceriae, C. Catoni Tarracone, Q. Caepioni, P. Rutilio Zmyrnae vidimus accidisse ut earum civitatum fierent cives, cum hanc ante amittere non potuissent* ».

(31) **Festo,** in **Bruns,** *Fontes*, pars. post. pag. 25.

vi si potea far valere, e il *civis romanus*, varcando i confini della repubblica, portava con sè la piena capacità giuridica.

V. Ho fin qui esaminato le relazioni pacifiche che Roma ebbe coi popoli dell'antichità ed ho dimostrato come in essi la Repubblica riconobbe quella spiccata individualità politica che caratterizza lo Stato indipendente.

Tale conclusione brilla ancora più chiara se per un momento si sta a guardare le relazioni che intercedono in tempo di guerra. In esse apparisce a colpo d'occhio il mutuo ricoscimento tra popoli belligeranti di una stretta uguaglianza e reciprocità di trattamento.

Già a prescindere da tutto questo, come ben osserva Chaveau (32), è ben difficile di non trattare da uguale la nazione che prende le armi ed entra in lotta aperta per difendere i suoi diritti e conservare la sua indipendenza. E Roma che più d'una volta aveva dovuto rinculare dinnanzi un nemico vittorioso e minacciante non poteva misconoscere tale uguaglianza e reciprocità in tempo di guerra. Questo principio poi riceve la conferma da una quantità di prove evidentissime e da molti testi.

La stessa parola *hostis* indicante il nemico regolare ne è l'espressione più sicura. *Hostis*, dice Festo (33) corrisponde a *par*, *aequalis*, *atque hostire ponebantur pro aequare.* Il riscontrare poi nella solenne dichiarazione di guerra presso i varii popoli procedure simili, anzi in alcuni di essi il medesimo collegio dei feziali, lo stesso *pater patratus* a cui si rivolge quello romano per chiedere prima la reintegrazione del diritto violato, per indire poi la guerra, facilita tale reciprocità. La quale poi informa tutte quante le conseguenze giuridiche che da quella ne derivano. Gli autori classici e i giureconsulti stanno a provarlo con una concordia da-

(32) **Chaveau,** loc. cit., pag. 421.

(33) **Festo,** in **Bruns,** *Fontes*[6], pars. post. pag. 25.

vero sorprendente. La celebre legge di Pomponio, (Dig., fr. 15, § 2, XLIX, 15) per citare una fra le tante di questo titolo, riconosce nel popolo con cui si combatte i medesimi diritti e le medesime facoltà nella stessa misura che competevano al romano, sia riguardo all'acquisto del bottino, che alla riduzione in ischiavitù, e all'*jus postliminii*. E tale stretta reciprocità trova esatto riscontro anche in quelle convenzioni conchiuse dai generali comandanti i due eserciti nemici, nelle *sponsiones* cioè, nelle *indutiae*, nella concessione di salvacondotti e nel rilascio dei prigionieri.

Ora come può tutto questo spiegarsi se si ammette, come alcuni degli Autori contrari citati, che giammai Roma reputò uguali e sovrani i popoli sui quali estese il suo dominio e il suo imperio?

Più formale smentita tale affermazione non può avere. Reciprocità stretta, eguaglianza rigorosa vi fu, specie nel primo periodo della storia: reciprocità ed eguaglianza che scaturivano immediatamente e necessariamente dal riconoscimento della indipendenza e della sovranità di tali popoli coi quali Roma venne in rapporti sia pacifici che belligeri, essendo inconcepibile il contrario.

Potrei qui citare altri testi e addurre nuovi argomenti per confermare che la prima condizione necessaria e indispensabile perchè sussista una regola di portata internazionale, la coesistenza cioè di più Stati indipendenti e sovrani con spiccata individualità politica e giuridica, si trova nell'antichità romana, e credo quindi supefluo insistere su questo punto parendomi sufficientemente dimostrato che le regole internazionali da Roma adoperate si applicavano a vere *persone internazionali*, tali potendosi comprendere i popoli coi quali essa venne in relazione, avendone tutti i caratteri.

Capitolo Terzo

Le regole che disciplinavano le relazioni pubbliche esterne di Roma hanno forma contenuto e fondamento giuridico.

I. Discussione del secondo punto del problema. Aspetto di esso. II. Se le regole adoperate per disciplinare le sue relazioni esterne hanno forma, contenuto e fondamento giuridico. III. Prova per le regole riguardanti le relazioni pacifiche. IV. Effetti di esse come regole giuridiche. V. Prove per quelle riguardanti le relazioni di guerra. VI. Confutazione dell'opinione che dice mancare in Roma una coscienza giuridica internazionale. VII. Conclusione. Coesistenza di Stati sovrani, loro caratteri e loro rispettiva posizione giuridica.

I. È questo il secondo punto del problema che interessa forse di più del primo e che offre maggior difficoltà.

Ho detto che, perchè una regola appartenga al diritto internazionale, bisogna pure che abbia un fondamento e un contenuto giuridico, che in altri termini costituisca una *regula juris* in quanto produce un'obbligazione, la cui osservanza sia riguardata come una cosa giusta e la violazione come ingiusta: insomma che sia tale che uno Stato si creda obbligato da essa e creda avere il diritto ad esigerne il rispetto dagli altri Stati.

II. Il Fusinato, discutendo sull'esistenza di un diritto internazionale pubblico e privato a Roma, osserva che, quantunque i Romani possedessero un complesso di regole per la maniera delle

loro relazioni con i popoli stranieri autonomi ed indipendenti, pure queste non possono formare oggetto di un diritto internazionale, non essendo in massima nè giuridiche, nè avendo per motivi determinanti motivi giuridici.

« Il moderno diritto delle genti a chi complessivamente lo indaghi — scrive — apparisce come un complesso di principi che possiedono una propria esistenza indipendente, che si rendono liberi sempre più dall'interna costituzione degli Stati, di cui regolano i rapporti, e che dimostrano con il loro progressivo movimento di tendere ad una legge massima di giustizia internazionale che tutte le nazioni sentono arrivate ad uno stadio di sufficiente civiltà ...... Ora questa maniera di concepire il diritto internazionale è frutto di uno stato ben progredito di civiltà, e presuppone nei subietti del diritto medesimo, giunto a completo rigoglio il sentimento e la coscienza giuridica, voglio dire la coscienza per la quale l'agente presta obbedienza alla regola di diritto per la convinzione che la interna necessità di quelle speciali relazioni della vita, esiga una condotta esterna ossequente a quelle prescrizioni (*opinio necessitatis*). D'altra parte fa pur uopo che questi principi di diritto conservino il loro carattere internazionale, e che si rappresentino quindi come un complesso di regole indipendenti, che non hanno necessità di ritrovare altrove che in sè medesime il loro fondamento. Ora è certo che gli usi romani, che possiamo dire di diritto internazionale, non si elevano regolarmente, come ho già accennato, a questa perfezione di diritto formale; essi vengono esercitati o semplicemente perchè così piace, o perchè così si dimostra vantaggioso, o perchè Dio li comanda, o per ragione di un'altra forza esterna qualsiasi, non per effetto di una coscienza giuridica; cosicchè possiamo ritrovare una relazione politica, religiosa, morale, ma non una relazione giuridica nel rigoroso significato della parola. Talvolta invece la relazione giuridica si ritrova, ma neppure allora per lo più (più innanzi cercheremo se a questi principi giuridici facessero eccezione) possiamo ritrovare costituita la

relazione giuridica internazionale: imperocchè allora la coscienza giuridica è bensì il fondamento di quel rapporto, ma non è ancora la coscienza giuridica *internazionale*, che trae il motivo dell'azione direttamente da un concetto internazionale, subordinato alla *civitas gentium*, compresa come comunità degli Stati, bensì piuttosto un sentimento giuridico nazionale di fronte agli stranieri » (1).

Il nodo della questione appunto si concentra in questa seconda parte del problema. Di essi pochissimi si sono accorti (2) alla maggior parte è sfuggito.

Prima però di inoltrarmi nell'argomento debbo fare osservare come il Fusinato è caduto in quell'errore da me accennato, e che egli rimprovera agli altri nelle prime pagine della sua monografia (3), giudicare cioè con vasti criteri che ne consente la sviluppata cultura dei nostri tempi, quali fossero le relazioni di diritto dei popoli antichi. Infatti egli stabilisce come debba considerarsi l'odierno diritto internazionale, sia rispetto al contenuto, come rispetto al suo fondamento giuridico, e poi applica tali criteri alle relazioni internazionali dei Romani, venendo appunto a quelle conclusioni che ho riportate. A questo modo all' errore del metodo se ne aggiunge un altro: quello cioè di non potere differenziare i caratteri di un diritto di un'epoca con quelli di un'altra e, al caso nostro, di confondere lo scopo ultimo del moderno diritto internazionale con quello che aveva l'antichità (4).

Intanto, ripigliando la discussione del secondo punto del problema, a me sembra come il Fusinato esageri parecchio nel ne-

(1) **Fusinato,** op. cit., pag. 11, e seg.

(2) **Heffter,** *De antiquo iure gentium*; **Osenbrüggen,** *De jure belli ac pacis Romanorum*, pag. 4.

(3) **Fusinato,** op. cit,, pag. 6.

(4) Si veda cap. VIII e la *Conclusione*, dove metto in rilievo le differenze tra i due diritti, l'antico e il moderno.

gare alle relazioni esterne di Roma quell'*opinio necessitatis* cui egli accenna, e ai Romani quella coscienza giuridica internazionale, la convinzione cioè che la interna necessità di quelle speciali relazioni della vita, esiga una condotta esterna ossequente a quelle prescrizioni, solo per le quali l'agente presta obbedienza alle regole di diritto.

E che tali condizioni si trovino in Roma mi sembra poterlo dimostrare; come pure credo poter provare che gli usi internazionali dei Romani, come il Fusinato li chiama, non si esercitano solo perchè Dio lo comanda, ma per coscienza giuridica internazionale.

E anzitutto quelle regole internazionali cui ho accennato sono esse giuridiche e ne hanno la forma? La risposta affermativa s'impone dopo un esame anche superficiale.

Il medesimo rigore di un formalismo del diritto privato che può sembrare, ed è anzi esagerato in certi momenti, si riscontra anche nel diritto pubblico esterno. E come nelle relazioni tra *cives* un fatto per essere giuridico doveva rivestirsi di speciali forme solenni, senza di cui non producevasi *actio*, e uno sbaglio nel pronunziarne le parole sacramentali faceva, come ci attesta Gaio, (5) perdere la lite, così in quelle fra Stato e Stato la conclusione dei *foedera*, delle *sponsiones* esigeva certe determinate forme colle quali soltanto poteva assumere il carattere di giuridica validità. L'*indictio belli* infatti non poteva farsi se non con quelle solennità prescritte dall'*ius foeciale:* il *foedus* non era valido se il *pater patratus* non pronunciava il giuramento con quelle parole sacramentali stabilite dal rito.

Ogni istituto quindi aveva le sue forme determinate e invariabili sia nel diritto privato pubblico e nell'internazionale come

(5) **Gai.,** IV, 30.

può desumersi facilmente dal Voigt, il quale diligentemente le ha tutte raccolte (6).

Il Fusinato stesso avverte in un certo punto questo fatto, anzi in esso gli sembra poter trovare « il concorso dell'opera di Roma alla formazione del moderno concetto del diritto internazionale » in quanto che essa, con la istituzione del diritto feziale, con il quale si imponeva rigorosa procedura per le sue paci, veniva a proclamare un principio, intorno al quale si raccolgono tutti i progressi dei popoli, cioè la obbligatoria e regolata interposizione del diritto dove sino allora dominava la forza (7).

Ma oltre queste considerazioni tendenti tutte a provare nei Romani la coscienza giuridica dell'atto compiuto, il volere espresso di mettere in essere un rapporto giuridico, rivestendolo di quelle forme solenni e rituali che ne dimostravano l'intenzione, a me pare che altrimenti possa benissimo dimostrarsi quell'*opinio necessitatis* che il Fusinato nega alle loro relazioni esterne.

Una semplice considerazione di fatto basta a convincere che Roma nei primordi della sua esistenza si trovò a contatto con popoli più forti e più agguerriti, coi quali lottò a lungo correndo ripetutamente il pericolo di esserne sopraffatta. E con essi pur dovette mantenersi in relazione: il commercio non potea restringersi nella limitata cerchia del suo territorio, ma varcandone i limiti avvicinava i popoli tra loro. E prove dirette e indirette ne abbiamo, dalle quali si ricava che Roma regolava anche tali relazioni commerciali. I trattati conchiusi con Cartagine sono là a confermarlo nel loro muto ed eloquente linguaggio.

Come negarne ad esempio che questi siano stati conchiusi perchè l'esigeva l'interna necessità di quelle speciali relazioni della

(6) **Voigt,** XII, *Tafeln* I, § 16. Si vedano pure riportate in parte nel **Padeletti-Cogliolo,** op. cit. pag. 73-76.

(7) **Fusinato,** op. cit., pag. 14.

vita, e attribuirli invece al libero arbitrio e capriccio dei Romani, o alla volontà di Dio?

Come spiegare la continua rinnovazione, specialmente quando tali *foedera* erano violentemente rotti, se non colla *opinio necessitatis*, o col bisogno imperioso superiore agl' interessi di un momento?

Come negare che l'obbedienza ad essi era dovuta ad altro che non alla profonda convinzione dei Romani che una condotta esterna ossequente a quelle prescrizioni fosse assolutamente necessaria alla esistenza di quelle relazioni così necessarie alla vita?

E d'altra parte come può il Fusinato affermare che a Roma quelle relazioni erano politiche, religiose, morali, ma non giuridiche nel vero senso della parola?

E qui si presenta il secondo punto del problema propostomi in principio di questo capitolo: vedere cioè se le regole internazionali romane avessero un contenuto giuridico e costituissero un'obbligazione giuridica.

III. Se si guarda al contenuto delle relazioni pacifiche la risposta non può non essere che affermativa. L'esistenza in ogni trattato di clausole determinate, nelle quali si parla di *commercium*, di *connubium*, e si disciplinano variamente i diritti dei cittadini di due Stati diversi, o quelli spettanti ai due Stati come tali, delimitando la libera navigazione dei mari o altro, l'esistenza della *recuperatio*, un istituto particolare di procedura collo scopo unico di regolare le questioni nascenti tra due Stati o i cittadini di due Stati diversi, l'esistenza infine della *deditio* disciplinata da regole fisse e determinate provano chiaramente il carattere giuridico del loro contenuto.

Ma ciò non basta: l'importante è trovare in esse un atto giuridico, che produca cioè effetti giuridici.

Una prima prova l'ho data combattendo l'opinione del Fusinato. L'intenzione di porre in essere un'obbligazione giuridica è

dimostrata dalle formule solenni con cui si rivestiva la conclusione di quell'atto. La forma infatti, nei diritti antichi in ispecie, per adoperare una frase scultoria dello Jhering (8), è per gli atti giuridici quello che per la moneta è l'impronta: e la coscienza da parte degli Stati contraenti di volere mettere in essere un *vinculum iuris* risulta chiaramente dalla forma colla quale rivestivano la stipulazione del *foedus* o della *sponsio*, la quale, scrive l'illustre Autore citato, è come il suggello della volontà giuridica, che viene in siffatto modo materializzata, cristalizzata, direi quasi, in quelle rituali formule solenni, bastevoli da se sole a dimostrarla senz'altro, come l'impronta dispensa dal verificare il titolo e il peso della moneta.

Ma delle prove vi sono ancora che servono a ribadire e a meglio confermare quest' ultima idea.

L'analogia formale già rilevata che si riscontra tra questi atti e quelli del diritto privato serve appunto a dimostrare il loro carattere *giuridico*. In questi come in quelli è stabilita da leggi la capacità necessaria per conchiuderli; in ambedue si riscontra caratteristico il *duorum in idem placitum consensum*, bastante da solo a produrre un'obbligazione di diritto; in ambedue si richiede una scrittura da cui risulti l'atto stipulato; il reciproco giuramento solenne infine che accompagna la conclusione del *foedus* trova esatto riscontro nel *jus jurandum liberti* e nel patto pretorio munito dell'*actio de jure jurando* (9).

(8) **Jhering**, *Esprit du droit romain*, III, p. 187.

(9) **Liv.**, I, 24, 6, 9; « *Pater patratus ad ius iurandum patrandum id est sanciendum fit foedus multisque id verbis.... peragit..... Sua item carmina Albani suum jus iurandum per suum dictatorem suosque sacerdotes peregerunt* ». Un'altra importante osservazione è da fare che Feziali tornati a Roma nel depositare nell'*aedes fidei populi romani* la scrittura del *foedus* ripetevano il giuramento fatto, impegnandosi a vegliarne l'esatta osservanza reprimendone tutte le impossibili infrazioni.

E non solo formale, ma anche sostanziale è l'analogia. Il trattato conchiuso non ha solo l'apparenza, la forma di un atto giuridico, ma esso ne produce anche gli effetti, dando luogo ad un vero *vinculum juris*, con diritti e doveri reciproci. In due modi tale obbligazione può provarsi: negativamente in quanto nella storia non si trova il caso che Roma sconobbe tale obbligatorietà, mantenendovisi sempre fedele: positivamente facendola scaturire dai testi degli autori classici e dalle conseguenze cui l' inadempimento dava luogo.

Infatti scrupolosamente Roma osservò tutti i trattati che strinse cogli altri popoli. Già a prescindere da ciò, le stesse esagerazioni degli scrittori classici per biasimare la mala fede degli altri Stati che li violarono, le parole roventi colle quali essi bollarono i Greci ed i Cartaginesi venuti meno ai patti (10) provano come nella coscienza romana produceva indignazione tal fatto, e come da parte sua Roma teneva a mantenere la fede giurata.

Il trattato conchiuso coi Sabini pel quale a turno si eleggeva il Re ebbe esecuzione; le clausole del *foedus Cassianum* per cui si disponeva la divisione in parti uguali del bottino di guerra furono rispettate e i Latini e i Romani e gli Ernici pigliato Anzio, si spartirono la preda di guerra (11); la tregua di quarantanni tra Roma e Vejo sua potente rivale non fu violata. Solo due anni prima della scadenza il Senato, seguendo un costume del diritto internazionale moderno, mi si passi la parola, la denunziò, non volendo rinnovarla. I trattati infine con Cartagine rinnovati colle medesime condizioni fondamentali provano che nessuna violazione di patti vi fu; ma che essendo regolarmente scaduta una convenzione a termine, era necessità conchiuderla nuovamente.

Molti altri esempi potrei addurre in conferma di ciò che ho detto, nè le osservazioni contrarie colle quali si dice che molti

(10) **Cic.**, *Pro Balbo*, 15, 16.
(11) **Dionys**, IX, 64.

Roma ne violò, possono distruggere il principio generale. Infatti che meraviglia deve ciò produrre quando. oggi in cui nessuno nega un diritto internazionale pubblico, fondato sulla coscienza giuridica internazionale si violano parimente i trattati?

Che anzi questa obiezione non solo non distrugge il principio, ma lo conferma sempre più, in quanto che si riscontra l'intervento del diritto così discusso e contrastato nella violazione dei trattati. Roma non li rompe perchè così crede o le piace, ma perchè lo deve, per il suo utile e interesse supremo: e la rottura è rappresentata sempre da un motivo giuridico, un pretesto, un cavillo se vogliamo, ma poggiato sul conflitto di interpetrazione di una clausola ambigua, sulla mancanza di una formalità, sulla violazione di un principio di diritto. Il primo trattato annullato è quello delle forche Caudine nel 434. Nessuno nega la mala fede Romana. Ma una teoria giuridica sta a giustificarla: è nullo, si disse, quel trattato concluso senza l'approvazione del popolo, da quella persona che non ha il potere di farlo.

Positivamente poi il *vinculum juris* che si metteva in essere col *foedus* risulta chiaro e preciso. Gaio parlando della *verborum obligatio* (12) (dari spondes? spondeo) dice che è propria *civium Romanorum* e che a questi soltanto può applicarsi. E aggiunge: « *Unde dicitur uno caso haec verba peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget:* « *Pacem futuram spondes?* » *vel ipse eodem modo interrogetur* ».

Da queste parole chiaramente ricavasi che i Romani volevano mettere in essere un atto giuridico i cui motivi non possono non essere giuridici, in quanto che, rivestendo il fatto necessario della vita con quella formula solenne riserbata alle *verborum obligationes* e ai *cives*, e solo per eccezione estesa in questo caso al pe-

(12) Gai., III, 94.

regrino, lo rendevano *diritto*, e come tale capace di generare effetti giuridici. E il giuramento solenne del *pater patratus*, l'invocare gli Dei perchè punissero i violatori dei patti già sanciti, non mostra anche esso il riconoscimento di un *vinculum juris* creatosi col *foedus?*

IV. Ma il carattere speciale dell'obbligazione sorta col trattato si riscontra in ciò: che si produce un diritto reciproco a pretenderne l'adempimento, diritto cui corrisponde un'azione, che si concreta, come l'*actio ex stipulatu* tra i privati, nella suprema *ratio* della guerra tra i popoli.

E Gaio lo dice con la sua chiarezza consueta (13) e lo conferma Livio (14) adoperando la parola *condicere* nella domanda di riparazione, avvicinando così sempre più la convenzione tra gli Stati a quella del diritto privato tra i cittadini.

Certamente in queste relazioni giuridiche internazionali non si può rinvenire quel carattere d'immutabilità, quella forza esecutoria di un contratto privato. Ed è appunto per questo che si ricorreva a svariate garanzie per assicurarne l'esecuzione. Quindi, allo stesso modo che nel diritto privato la molteplicità dei debitori assicurava l'adempimento dell'obbligazione, garentendo ancor di più il creditore, così nelle convenzioni internazionali, a seconda l'importanza dei *foedera* e dei casi, si aumentava il numero dei cittadini che giuravano i patti stabiliti, giungendo sino a venti persone. Nelle *sponsiones* ad esempio oltre al generale si hanno altri *consponsores* (15), perchè, mancando in esso l'intervento dei Feziali, e venendo perciò meno una garanzia giuridica sì grande, si riteneva necessario un giuramento prestato da più individui quasi, dice il Mommsen, per cercare un certo compenso, nella incertezza che l'ob-

(13) **Gai.**, III, 94.

(14) **Liv.**, I, 32.

(15) **Appian.**, *Samm.*, 4 liber 83; **Liv.**, IX, 5; **Diony.**, 16, 5.

bligazione si mantenesse, nella moltiplicazione delle persone che direttamente si obbligavano (16).

Posto ciò il giuramento e l'invocazione solenne degli Dei non deve riputarsi come fa l'Heffter e l'Osenbrüggen (17) come una prova che le relazioni internazionali degli antichi tempi sono posti sotto la tutela immediata degli Dei, e che quindi le regole che le disciplinarono non avessero un contenuto e una validità giuridica, condizione *sine qua non* per essere oggetto di un diritto internazionale.

Il Voigt infatti (18) con acume, pur ammettendone sino ad un certo punto la religiosità, dimostra che ciò non vuol dir nulla, nè decide contro l'esistenza o meno di un diritto internazionale. Tutto sta nel vedere quale posizione ricevessero gli Dei come tutelatori di quelle norme. Se essi si rappresentavano come semplici giudici della violazione accaduta, il vero soggetto giuridico rimane lo Stato, contro il quale direttamente è rivolta la violazione, e quelle norme costituiscono quindi nella loro totalità un vero diritto internazionale. Se invece la nazione offesa viene considerata soltanto come l'oggetto, nel quale e mediante il quale avviene la violazione che peraltro colpisce direttamente gli Dei come soggetto giuridico, come ad esempio l'ingiuria fatta allo schiavo colpisce il padrone, allora non si può parlare di un diritto internazionale, e quelle norme si rappresentano piuttosto come parte integrante del *jus sacrum civile* del singolo Stato.

Ora, esaminando il giuramento che ho riportato nella nota 9, si può vedere benissimo come è solo nel primo modo che vengono considerati gli Dei, come giudici cioè della violazione dei patti giurati e giudici del diritto manomesso, giammai come soggetti dell'offesa recata coll'inadempimento del *foedus.*

(16) **Mommsen,** *Droit public.*, vol. I, pag. 282.

(17) Opere citate nella nota 2.

(18) **Voigt,** op. cit., Vol. II, pag. 24, n. 6.

E che tale sia il carattere del giuramento che accompagnava e sanzionava la stipulazione di ogni *foedus* si può desumere dall' ufficio che esso aveva nel diritto privato, in quantochè si esigeva essenzialmente in quegli atti sprovvisti di un' azione sperimentabile, che con espressione comprensiva vanno raccolti nella categoria delle obbligazioni morali. La *jurata operarum promissio* è caratteristica in proposito (19). In generale il giuramento è richiesto in diritto romano in quelle obbligazioni sprovviste di azione civile come a dire il giuramento promissorio del magistrato, del testimonio ed in altri simili casi. Infatti nel diritto antichissimo perchè la *sponsio*, che era sprovvista d' azione, mentre il *nexum* l'aveva, si ritenesse valida, si richiedeva essenzialmente un giuramento che la garantisse, e solo poi più tardi, quando anch' essa ebbe l'*actio*, venne meno il giuramento come requisito necessario dell' obbligazione (20).

Un' altra garanzia dei trattati fu per i Romani la consegna d' ostaggi (21).

Ora tutto ciò che cosa prova se non l' esistenza di un *vinculum juris* che si cercava garentire in tutti i modi?

Il Mommsen (22) esaminando la natura di un tal legame giu-

(19) **Venuleius,** fr. 44 pr. XL, 12. **Cicer.,** *ad Atticum*, 7, 2, 8; **Arndts-Serafini,** Vol. I, part. I, p. 345, n. 7.

(20) Del resto, che il giuramento fatto di feziali avea il carattere di una garanzia del trattato lo si rileva anche dal fatto che fino a poco tempo addietro esso servì allo stesso scopo nell' ultimo trattato conchiuso a Saletta nel 1877 fra la Svizzera e la Francia.

(21) L'ultimo esempio di consegna a di ostaggi garanzia di trattati nell'epoca moderna si ebbe nel 1748 quando per l'esecuzione del trattato di Aquisgrana tra la Francia e l' Inghilterra si richiese l' invio di due pari inglesi a Parigi in qualità di ostaggi.

(22) **Mommsen,** *Dr. publ.*, vol. I. pag. 285.

ridico, lo crede paragonabile ad un *pactum nudum*, ad una convenzione cioè la cui esecuzione dipende dalla volontà del debitore.

A me pare che questo sia un giudizio un po' troppo esagerato.

Anzitutto l'analogia che qui si vuol trovare non regge completamente. Poi se il trattato, non aveva che il valore di un patto sfornito di azione non si comprende il diritto, il dovere anzi, di seguire una procedura determinata prima della dichiarazione di guerra: e le espressioni di Gaio e di Livio resterebbero senza una soddisfacente spiegazione. Piuttosto assegnerei al trattato un posto intermedio tra il contratto e il semplice patto: il formalismo necessario alla sua conclusione permette di crederlo qualche cosa di più che non una nuda convenzione: ed ecco perchè si era potuto costruire una ben organizzata procedura nell'ipotesi di un diritto violato, tendente a reintegrarlo. Siccome dall'altro lato, la natura medesima dei rapporti tra gli altri Stati impediva a che l'azione intentata conducesse ad una sentenza seguita da certa esecuzione, come nei processi tra privati, si lasciava alla guerra il compito di una soluzione dubbiosa, e qualche volta, contraria alla giustizia. Ciò non toglie però che il *foedus* non creasse un legame di diritto accompagnato da una protezione giuridica (23).

V. Ho fin qui esaminate le regole che disciplinavano le relazioni pacifiche esterne di Roma cogli altri popoli: ho mostrato come esse hanno tutti i requisiti per appartenere ad un diritto internazionale, forma cioè contenuto e fondamento giuridico.

Tali caratteri brillano più chiaramente per poco che si guardi le regole adoperate nelle relazioni di guerra.

Parrebbe che là dove incominci la lotta terribile delle forze materiali e regni sovrana la violenza debba cessare l'azione del diritto: ma non è così. Che anzi è qui dove questo esplica la sua benefica efficacia circoscrivendo l'azione di quella. E la guerra a questo modo diventa azione giuridica, un concetto di diritto, in altri

(23) **Chaveau,** loc. cit., pag. 419,

termini strumento per conseguire un fine, che si concreta nel fare rispettare un diritto, pertinente in generale ad uno Stato, o nel reintegrarlo quando è violato.

Basterebbe l'esistenza dell' istituto dei Feziali e uno sguardo superficiale alle attribuzioni ad essi deferite in questo vastissimo campo delle relazioni tra i popoli per persuadersi della verità di quanto io affermo. Nè vale il dire che religioso è il fondamento su cui poggia l' istituto dei Feziali (24). Io non lo nego che essi partecipino del sacerdozio e siano sotto certi punti di vista dei preti incaricati d'una missione religiosa. Ma, come ben osserva lo Chaveau, essi partecipano pure della magistratura; il carattere religioso comune alla maggior parte delle magistrature romane è accentuato a loro riguardo, ma non esclusivo come vorrebbe sostenere il Fusinato. Essi hanno una funzione politica quando sono scelti per ambasciatori: esercitano anche funzioni giudiziarie dal momento che potevano essere chiamati, almeno da principio, ad esprimere il loro parere sulla legittimità di una guerra e sul valore delle lagnanze formulate da una città straniera o sui reclami ad essa diretti dai Romani (25). Essi avevano nel loro abbigliamento un velo di lana bianca « *imaginem justitiae* » agli occhi dei romani. Infine era loro demandata una missione importante che rivela una volta di più le analogie tra il diritto pubblico e il privato; essi erano incaricati dell' interpetrazione, in qualche modo legislativa, dei precetti relativi alle relazioni internazionali. Nel diritto privato era il re che aveva questo ufficio col concorso del collegio dei pontefici: era lui che, custode delle leggi e dei costumi nazionali, interpetre della volontà divina, dettava in nome di queste regole obbligatorie, in quello internazionale era assistito dai Feziali. Sparito il re come al pontefice massimo spettò l' interpetrazione delle leggi d'ordine privato, così ai Feziali toccò quella del diritto internazio-

(24) Si veda la nota 8 del cap. I.

(25) **Liv.**, XXX, 8; XXXVIII, 46, 11.

nale e le loro risposte erano veri responsi interpetrativi (26). Il solo istituto dei Feziali dunque basterebbe da sè solo a provare che giuridici erano i motivi che presiedettero alle relazioni internazionali di Roma incarnandosi in essi l'elemento della stabilità necessaria alla norma giuridica per esser tale. Ma fedele al metodo positivo che nulla afferma senza rigorosamente provare io dimostrerò minutamente come tutte quante le relazioni di guerra sono informate dal diritto, che le regola e le disciplina.

Ho altrove accennato che un intimo legame di somiglianza tutt'altro che accidentale avvince le relazioni di diritto pubblico con quelle private, avuto riguardo al modo con cui si regolavano e che questa analogia non solamente è formale, ma anche sostanziale.

La procedura infatti colla quale si dichiarava solennemente la guerra presenta molti punti di contatto con quella delle *legis actiones*. Questa mutua prestanza di forme e di concetti fra le pubbliche e private relazioni è già un argomento potentissimo in favore della tesi che sostengo, mostrando abbastanza chiaramente come il diritto non era estraneo alle relazioni di guerra.

Ma considerazioni più dirette stanno a confermarlo in modo inconfutabile.

Roma respinse sempre l'idea di una guerra fatta *more latronum:* troppe testimonianze esistono nelle fonti perchè si possa dubitarne un momento. Se guerra il popolo dei Quiriti muoveva, dovea essere indetta secondo forme rigorosamente stabilite da un apposito collegio di magistrati: i Feziali. E come nel diritto privato il debitore insolvente non si presuppone generalmente in colpa pel solo fatto dell'avvenuto inadempimento dell'obbligazione, ma bisogna espressamente costituirlo in mora mediante una *iusta interpellatio*, una *iusta causa*, cioè, *ex qua intelligere debet se dare oportere,* senza la quale qualunque procedimento a suo carico

(26) **Fusinato**, op. cit. p. 48.

è contrario alla legge e quindi nullo, così nei rapporti tra due Stati, per lasciar cadere sul nemico la colpa e tutta la responsabilità della guerra, era necessaria una corrispondente *interpellatio*, nella quale il popolo offeso a mezzo dei suoi rappresentanti legali, esprimeva in termini perentorii la decisa e precisa volontà di essere reintegrato nel suo diritto violato: *interpellatio* che pigliava il nome di *repetitio rerum* o *clarigatio*. Frai due diritti anzi a questo proposito corre una differenza notevole: perchè mentre tra privati la costituzione in mora poteva esser fatta in un modo qualunque, anche a voce, nel diritto pubblico doveva necessariamente farsi con formole solenni e rigorosamente determinate. Differenza questa che, dato il concetto già espresso sulla intima corrispondenza tra il pensiero e la forma nei diritti antichi e la conseguente importanza di quella che, più che la manifestazione di volontà, era la volontà stessa, induce ad affermare con sicurezza come un carattere più giuridico informava la *clarigatio* e come dai Romani coscientemente le veniva attribuito, quasi a compensare la mancanza di coazione che si aveva in queste relazioni esterne tra gli Stati (27).

Trascorsi trentatrè giorni dalla *clarigatio* senza che lo Stato, a cui si era chiesta soddisfazione delle offese ricevute, avesse convenientemente risposto, i Feziali ritornavano nuovamente ai confini

(27) **Liv.**, I, 32: « *Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo — lanae velamen est — « audi Iuppiter » inquit « audite fines » cuiuscumque gentis sunt nominat, — « audiat fas! ego sum publicus nuntius populi romani: iuste pieque legatus venio verbisque meis fides sit ». Peragit deinda postulata. Inde Iovem testem facit: « Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier nuntio populi romani mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam sinas esse: » Haec quum fines supra scandit, haec quicumque ei primus vir obvius fuerit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus, paucis verbis carminis concipiendique jusiurandi mutatis, peragit* ».

del popolo offensore e pronunciavano l' intimazione solenne, chiamando a testimonii gli Dei, e prevenendolo delle severe misure che Roma avrebbe preso per garantire i propri diritti violati (28).

La seconda fase della procedura verte sulla deliberazione della guerra fatta a Roma: si esaminavano i motivi e l'opportunità politica di essa. Era nè più nè meno che un vero giudizio. Riporto le parole di Livio: « *Confestim rex his ferme verbis Patres consulebat:* « *Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi romani Quiritium patri patrato priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis, quas res dari fieri solvi oportuit, quas res nec dederunt, nec fecerunt, nec solverunt dic, inquit ei, quem primum sententiam rogabat, quid censes?* » *Tum ille:* « *puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consentio consciscoque* ». *Inde ordine alii rogabantur, quandoque pars maior eorum qui aderant in eundem sententiam ibat bellum erat consensum* » (29).

Come può negarsi che si discuteva una vera questione di diritto? Le frasi riportate lo provano chiaramente. E la guerra decisa dopo vagliati i motivi era il mezzo riconosciuto atto a reintegrare il diritto violato: così Roma intendeva *adipisci jus suum.*

E il *pater patratus romanus* si presentava per la terza volta al confine del nemico, già pubblicamente dichiarato tale, e lanciando sul suo territorio il giavelotto intinto nel sangue, pronunciava la solenne apertura della guerra (30).

(28) **Liv.**, I, 32; « *Si non deduntur quos exposcit diebus tribus et triginta — tot enim solemnes sunt — peractis bellum ita indicit:* « *Audi Iuppiter, et tu Iane Quirine diique omnes caeleste vosques terrestres vosque inferni audite! ego vos testor, populum illum — quicumque est nominat — iniustum esse neque ius persolvere. Sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus quo pacto ius nostrum adipiscamur.* » *Cum his nuntius Romam ad consulendum redit* ».

(29) **Liv.**, 1, 22.

(30) **Liv.**, I, 32.

Esposta così sommariamente la procedura per indire la guerra chiaro apparisce quel carattere strettamente giuridico che io in principio annunciai. Essa ha tutto il contenuto di un vero procedimento giudiziale: il Voigt infatti non si è contentato di riscontrarvi l'analogia generale con il procedimeuto delle *legis actiones;* ma dopo attento esame ha anzi trovato in essa l'immagine diretta e completa della *legis actio per condictionem* (31). Io non posso qui dilungarmi a riferire il ragionamento del dotto professore dell'Università di Lipsia: a me basta la conclusione a cui è venuto e che ho accennato: la perfetta corrispondenza delle due procedure, la quale è sufficiente a dimostrare quel carattere giuridico, così ripetutamente negato dagli scrittori contrarii, che informa tutta quanta la procedura di guerra.

Ma non basta ancora. Non solo tale procedura aveva forma giuridica perchè rivestita delle medesime formalità che la *legis actio* del diritto privato, ma anche *contenuto* ed *effetto* giuridico. Tutto ciò si deduce dall' intima sua essenza. La guerra, come si concepiva dai Romani, non era già una lotta terribile di forze materiali, ma assumeva il concetto giuridico di una vera e propria *actio*. Era il mezzo a cui uno Stato ricorreva per reintegrare il suo diritto violato, l'ultima e suprema *ratio* a cui esso affidava le sue ragioni. Ho infatti accennato parlando degli effetti nascenti dal vincolo giuridico creatosi col *foedus* a questo carattere della guerra. Credo opportuno qui farlo spiccare più chiaramente citando un frammento di Gaio, dal quale esso risulta. Il giureconsulto romano dopo avere discorso del vincolo sorto colla *sponsio* internazionale e averlo paragonato a quello nascente tra privati con la *stipula-*

(31) **Voigt,** op. cit., vol, II, §. 28. Il **Danz** (op. cit.) invece crede tale procedura si ravvicini alla *legis actio per sacramentum*, seguito anche dall' **Huschke** (*Das alte Röm Iahr*, pag. 322 e segg.). Si veda la critica che a questi due autori fa il **Fusinato** (op. cit. pag. 70 e segg.).

tio soggiunge: « *Quod nimium subtiliter dictum est qui si quid adversus pactionem fiat non ex stipulatur sed jure belli vindicetur* ».

Questo carattere di un vero procedimento giudiziale anche pei suoi effetti si riscontra pure in quelle guerre intimate non per violazione di trattato. Lo si rileva dalla seconda fase della procedura, nella quale si deliberava della guerra e della sua giustizia.

E qui io non posso esimermi dal dire qualche cosa sul significato che suole attribuirsi all' *iustum bellum*, tanto più che in proposito le opinioni discordano notevolmente e gli autori contrari, volendo negare il fondamento giuridico alle relazioni di guerra dei Romani e menomare le attribuzioni dei Feziali, si appoggiano su una interpetrazione che a me sembra non conforme alla realtà.

Dice il Fusinato: « Certo è che *iustum* facilmente si presta a doppia ed ambigua intelligenza, giacchè da un canto può rivolgersi ad indicare la interna conformità della cosa ai principii che l' equità e la moralità prescrivono; dall'altra parte *iustum* è pur quello che nelle sue maniere di apparire è rivestito di quelle forme esteriori che la legge ha imposto. Che questo secondo fosse il significato giuridico di *iustum* e che in questo significato i Romani chiamassero giuste le proprie guerre nessuno dovrebbe dubitarne, sebbene molti si siano lasciati sedurre dalla contraria opinione » (32).

È in questo senso formale che si dicono *iustae nuptiae*, *iusta causa*, *iustus titulus:* è in questo senso dunque che per il Fusinato si dice *iustum bellum* che è quanto a dire legale, legittimo. *indictum* cioè secondo le esterne formalità prescritte dalla legge.

L'opinione contraria è sostenuta dal Müller-Jochmus, il quale, analizzando l'espressione *iustum piumque bellum* dice « che l'*iustum* non si riferisce già alla formalità dell' *indictio* ma alla *causa*, giacchè era sull' *aequitas* della guerra che cadeva il giudizio: mentre *pium* che è in contrapposizione a *iustum*, accenna

(32) **Fusinato,** op. cit., pag. 44.

veramente soltanto alle cerimonie e corrisponde press' a poco al *legitimum* » (33).

Da tale opposto modo d' intendere la medesima parola gli autori giungono ad opposte conclusioni. Pel Fusinato infatti e per altri del medesimo parere la giustizia della guerra è esterna: e riguardo solo le formalità dell' *indictio*, pel Müller-Jochmus è interna, cioè si riferisce alla causa. Ne deriva che per gli uni i Feziali avevano una sfera d' attribuzioni molto più ampia ed importante, per gli altri invece si riduceva molto meno. Modo di vedere questo che ha la sua influenza nell' attribuire un carattere e un fondamento più o meno giuridico alla guerra e un concetto assolutamente diverso considerandola dal punto di vista del diritto internazionale.

Prima di esporre la mia opinione in proposito faccio notare come ambedue gli scrittori citati siano caduti in quell' errore che accennai nel principio di queste pagine: applicare cioè le moderne concezioni e le nostre idee all' antichità classica. Infatti ambedue danno alla parola *iustus* un significato tutto moderno, che per nulla può riscontrarsi nel linguaggio giuridico romano. Per essi l' appellativo *iustus* si presta a quella doppia ed ambigua intelligenza di cui sopra ho parlato: in altri termini attribuiscono a questa parola il significato che oggi le si dà e che non esprime più il concetto della mera legalità, *unico* contenuto che aveva presso i giureconsulti romani. Nè il Fusinato può dire di essere sfuggito a questo equivoco dando all' espressione *iustum bellum* il senso formale di guerra intimata secondo le regole esteriori dell' *ius* civile, perchè egli ammette che l' appellativo *iustus* abbia anche il significato di giustizia interna, conformità cioè ai principî che l' equità e la moralità prescrivono (pag. 44).

Ora io sono dell' opinione che presso i Romani la guerra non era giusta solo formalmente, ma anche sostanzialmente. Però tale

(33) **Müller-Iochmus**, op. cit., pag. 155.

giustizia interna, espressa appunto dalla parola *iustum* non è, secondo me, quella che viene accettata dal Müller-Jochmus e respinta dal Fusinato.

L'appellativo *iustus* nel linguaggio giuridico romano sta ad indicare che un rapporto o un atto è conforme al diritto positivo. Ora tale conformità poi può concepirsi in due modi: o esternamente come semplice osservanza delle forme esteriori che l'*ius civile* ha imposto per la validità esterna dell'atto, o internamente considerando l'atto in rapporto ai principî positivi del diritto, dai quali ripete l'origine. L'*iustum bellum* dei Romani va quindi inteso sotto tale duplice punto di vista studiandolo in riguardo al diritto internazionale. Ora al Fusinato è sfuggito questo secondo aspetto della parola *iustum*, che appunto indica la giustizia interna della guerra. Il medesimo errore ha commesso il Müller-Jochmus poichè ha dato all'appellativo *iustum* il significato di conformità agli astratti concetti di moralità ed equità, senso questo tutto affatto moderno e che i Romani esprimevano colle parole *equum* o *bonum et equum*. L'opinione del Fusinato quindi non può accettarsi. Nè i testi degli autori classici, coi quali egli tenta giustificarla, mi pare che autorizzino a mantenerla.

Esaminiamoli.

Dice Cicerone: « *Ac belli aequitas sanctissime fetiali populi romani iure praescripta est. Ex quo intelligi potest nullum bellum esse iustum nisi quod aut rebus repetitis geratur aut denuntiatum ante sit et indictum* » (34). Scrive Nonio: « *Nec bella indicebantur, quae tum pia vocabant, priusquam quid fuisset a fetialibus denuntiatum* » (35). E Varrone: « *Bellum nullum nisi pium putabant geri oportere: priusquam indicerent*

(34) **Cic.**, *De off.*, I, 11.

(35) In *Non. Marc.*; **Bruns**, *Fontes* 6, *Pars post.*, pag. 66, vedi *fetiales*.

bellum his a quibus iniurias factas sciebant, fetiales legatos res repetitum mittebant » (36).

Nessuno può negare che tali testi si riferiscono alle formalità esterne, colle quali si indiceva la guerra senza di cui essa era ingiusta, come esplicitamente dice Cicerone. Ma da ciò a dire che questo solo costituiva la giustizia della guerra ci corre. Tale deduzione sarebbe esatta quando si potesse dimostrare che nei citati passi gli accennati autori abbiano assolutamente escluso ogni altra giustizia. E questo non è vero. La guerra per essere giusta non doveva semplicemente essere preceduta dalla *clarigatio* dalla *denuntiatio* e dall'*indictio*, cose queste che si riferiscono tutte alla giustizia esterna e formale di essa ma da un vero e proprio giudizio fatto a Roma, il cui andamento risulta dalle parole di Livio che ho già riportato. È vero che veniva discussa l' opportunità politica della guerra, ma è parimenti vero che si vagliava la legittimità dei motivi invocati dai Feziali. Si aveva insomma nè più nè meno che un giudizio su una questione di diritto. « *Quas res* - dice Livio - *dari fieri solvi oportuit, quas res nec dederent nec fecerunt nec solverunt* ». Ed i *Patres* interrogati ad uno ad uno danno il loro parere e solo quando la maggioranza era favorevole si intimava solennemente la guerra. Non è dunque la sola formalità esterna che rendeva *iusta* la guerra: ci voleva un motivo plausibile (*quas res nec dederunt nec facerunt nec solverunt — populum iniustum esse neque ius persolvere*), la lesione cioè di un diritto non seguito da soddisfazione. Ora questo giudizio era essenziale per l'*indictio belli* e giammai potrà dirsi che esso fosse una semplice formalità esterna. Riconosciutasi l' offesa si aveva il diritto alla soddisfazione corrispondente: negata questa si ricorreva alla guerra che, dice limpidamente Gaio (37), come l'*actio ex stipulatu* serviva a reintegrare il diritto violato tra privati, così quella ser-

(36) **Varrone,** in *Nonio,* loc. cit.
(37) **Gai.,** III, 94.

viva a riparare l'offesa tra gli Stati. La guerra quindi allora soltanto dicevasi *iusta* quando era conforme ai principi positivi dell'*ius civile* i quali stabilivano e i casi in cui essa sorgeva e i modi da seguirsi nell'intimarla. Del resto, esaminando le cause che diedero origine a gran parte delle guerre, si trova che esse erano originate o da violazione di territorio (*incursio ostilis*) (38) o per *iniuriae* contro i *socii* dei Romani (39), o per violazione di ambasciatori *iure gentium tuti* (40) o quando veniva ricusata ingiustamente la *deditio* di un cittadino colpevole (41) o per altri motivi simili e quindi legittimi.

Con questo io non nego che Roma intimò delle guerre le quali avevano una causa essenzialmente ed unicamente politica. Ma anche in tali casi, appunto perchè non si aveva quel motivo giuridico che viceversa era esistito realmente in tutte le altre, e che la guerra non potea rigorosamente dirsi diretta ad un *ius adipisci*, mancando perciò il rigoroso carattere e contenuto di una vera e propria *actio*, in tali casi ripeto, i Romani si sforzavano in tutti i modi di darglielo almeno in apparenza. Sarà stato per dir così un cavillo legale, sarà stata un'interpretazione *dolo malo* di una clausola di un *foedus* il contenuto della *clarigatio*, ma la parvenza del motivo giuridico non poteva nè doveva mancare: « *Quum legatis totiens repetentibus res nec reddi, nec satisfieri aequum censuerunt* » (42). Se questo mancava, la guerra non era più *iusta* non bastando le sole formalità esterne dell'*indictio* a renderla tale.

Posto ciò si spiega benissimo come tutti quanti gli scrittori classici sono così entusiastici nel giudicare la giustizia delle guerre

(38) **Liv.,** V, 31, VI, 31.
(39) **Liv.,** XXX, 40.
(40) **Liv.,** VIII, 5.
(41) **Liv.,** VI, 29, VIII, 6, 39.
(42) **Liv.,** XXXVI. 3.

romane e nel tributare elogi grandissimi ai Feziali (43). Poichè non è presumibile che questi autori, alcuni dei quali esatti, non avessero accennato menomamente al carattere unico e meramente formale dell' *iustum bellum* intimato dai Feziali, quando appunto lo hanno fatto rilevare in certe occasioni rimproverandolo ai Romani (44).

Ho accennato di volo, riportando le parole dello Chaveau sul fondamento giuridico dei Feziali e delle loro attribuzioni, che in esse rientrava il giudizio dell'opportunità della guerra da indirsi. Non è qui il caso di discutere tale punto importante avente poca attinenza col mio argomento. Certamente l'opinione del Fusinato si presta ad obbiezioni serie e fondate. Nè io qui annuncio alcuna opinione in proposito, perchè non potrei poi corredarla di quelle prove e di quegli argomenti che in una discussione ampia e minuziosa mi sarebbe lecito esporre.

Riassumendo quanto ho detto sul concetto della guerra, a me pare poter sicuramente affermare che essa abbia non la sola forma giuridica di un procedimento giudiziale - quello della *legis actio per condictionem* - ma anche il contenuto e il fondamento, e quindi una vera ed assoluta portata internazionale: perciò le re-

(43) **Cic.,** *De leg.*, II, 9; **Fest.,** vedi *fetiales;* **Varr.,** l. l. V., 15; **Plut.,** *Camillo*, 18, *Numa* 12 **Dionys.,** II, 72.

(44) **Liv.,** IX, 11. Lo stesso argomento del **Fusinato,** addotto (pag. 44 nota, 1) a me sembra deponga contro la sua opinione invece che appoggiarla. Il caso è questo. Annullata la famosa sponsione caudina il Senato consegnò ai Sanniti per mano dei Feziali il console Postumio che l'aveva conchiusa, con le mani legate dietro il dorso come il rito feziale prescriveva. Siccome l'*apparitor verecundia majestatis* debolmente stringeva Postumio questi disse: « *Quin tu adducis lorum ut iusta fiat deditio?* » Ciò vuol dire che non formale doveva essere la legatura, ma vera e non per adempiere soltanto ad una prescrizione del rito. Del resto tutta quanta questa *deditio* e la fiera risposta del duce Sannito ai Feziali dimostrano che la guerra dovea essere giusta e dal lato esterno dal modo della sua dichiarazione e dal lato interno, dalla sua causa cioè.

gole che la disciplinavano rientrano nel campo di un tal diritto possedendone tutti i caratteri essenziali stabiliti nel principio di questo capitolo.

VI. Prima di lasciare questo argomento sento il bisogno di combattere l'opinione dominante che ha trovato nel Fusinato un valoroso sostenitore, il quale dice che, anche quando nel raro caso in cui si può rinvenire la coscienza giuridica come fondamento di un rapporto internazionale romano non è ancora la *coscienza giuridica internazionale* che trae il motivo dell' azione direttamente da un concetto internazionale, subordinato alla *civitas gentium* compresa come comunità di Stati, bensì, piuttosto come un sentimento giuridico *nazionale* di fronte agli stranieri (45).

Roma a mio parere conobbe ed ebbe la coscienza giuridica internazionale. I Romani concepirono una *civitas gentium* e Cicerone ne tracciò felicemente i concetti fondamentali: anzi una teoria di diritto internazionale pubblico si trova nelle sue opere. Basta leggere in proposito quello che egli scrive sulla guerra per convincersene. Secondo questo autore classico è la malvagità degli uomini che obbliga ad usare la violenza con gli altri uomini e di opporre la forza alla forza. Quando si ha da fare con delinquenti bisogna ricorrere alle leggi speciali: ma quando si tratta di nemici pubblici si è costretti necessariamente a ricorrere alla guerra. Le prime sono rimedio pei delitti commessi, la seconda per le offese allo Stato (46). Nella vita privata può bastare di respingere un nemico per impedire nuove ostilità da parte sua e intimidire quelli che potrebbero osare di farne. Nella vita pubblica bisogna ricorrere alla guerra, osservandone però rigorosamente le leggi sacre che la regolano e che sono imposte dall' equità. Dei due modi che vi sono per appianare le discordie, la persuasione e la forza cioè,

(45) **Fusinato,** op. cit., pag. 12.
(46) **Cic.,** *De leg.*, III, 30.

si deve ricorrere alla seconda, quando la prima è stata inutile e la *repetitio rerum* a nulla è giovata. La guerra non ha che un fine: quello di permettere di vivere in pace dopo la vittoria o di respingere un ingiusto attacco. I Romani fecero la guerra ai Cimbri e ai Galli per difendere la loro propria esistenza. Raggiunto lo scopo della guerra questa deve cessare: ogni atto di crudeltà contro i vinti è indegno, giustificabile solo quando i vinti abbiano violate le leggi della guerra. E Cicerone porta molti esempi, coi quali appoggia il suo ragionamento e lo conferma (47).

Questa monca teoria di diritto internazionale pubblico, che io ho riportato nelle sue linee generali, svolta in più luoghi delle sue opere, non è puramente campata in aria, nella sfera filosofica in cui egli la concepì, come dice il Fusinato (48), ma è l'espressione della realtà. A quella Cicerone si elevò considerando la vita reale d'allora, astraendo dalla pratica quei principii sopra esposti. Gli esempi da lui addotti ne sono la prova più lampante; infatti essi servono di riprova ai suoi argomenti.

La concezione poi che egli ebbe della guerra e il ravvicinamento e il confronto imperfetto che fa con la legge penale reprimente i delitti dimostrano appunto che pura speculazione filosofica non è la sua teoria: la guerra per lui è diretta a quel *dari fieri solvi oportere* di cui parla Livio negato dal nemico: allora soltanto è giusta quando i popoli, a cui è stata fatta la *repetitio rerum nec dederunt nec fecerunt nec solverunt*, o quando si tratta di difendere l'esistenza medesima dello Stato: e il *bellum* ha leggi sacre e riti rigorosi ai quali bisogna uniformarsi. Da questo raffronto chiaramente appare il carattere giuridico della guerra nascente da una coscienza giuridica, certo non *nazionale* ma *internazionale*, in quanto che i popoli verso i quali si muove guerra vengono considerati come *persone*, come soggetti cioè di questo

(47) Si veda in proposito tutto il cap. XI lib. I, *de officiis*.

(48) **Fusinato,** op. cit., pag. 14.

5

rapporto violento che si chiama *bellum*, come facenti parte di quella *societas hominum gentium, iuris* di cui parla Cicerone, il quale con queste frasi intende indicare uno stato di fatto, la coesistenza cioè di parecchi popoli formanti *civitas* a sè (49), di Stati sovrani ed indipendenti, che vivevano gli uni accanto agli altri, con proprie *leges*, proprii *iura*, *iudicia*, *suffragia*, e non già, a mio modo di vedere, come vorrebbe il Fusinato, una concezione filosofica astratta che in nulla avesse riscontro nella vita reale. Infatti non si poteva non concepire questa società di popoli o di Stati (*civitates*) che si voglia dire, perchè veramente essa si ebbe *di fatto*, risultando dalla coesistenza naturale di quelli, la quale bastava da sola a dare una coscienza giuridica internazionale, risultante immediatamente e necessariamente da un semplice apprezzamento di stato di fatto.

Poichè, brevemente, a che cosa si riduce la nozione di coscienza giuridica internazionale, se non ad ammettere che vi siano popoli indipendenti e sovrani e che le relazioni tra essi intercedenti debbano essere regolate da certi principi giuridici *comuni*, ai quali si dà una forza obbligatoria e vi si obbedisce in quanto che si riconosce che il far questo è utile, vantaggioso all'esistenza dei popoli medesimi e perciò stesso necessario? (50).

Posto ciò, come può negarsi che i Romani non ebbero tale coscienza giuridica internazionale, conforme s'intende, al grado di sviluppo della civiltà di quell'epoca (51) quando delle prove lumi-

(49) La parola *civitas* equivale press' a poco alla nostra di Stato.

(50) Sul significato e sul contenuto della coscienza giuridica internazionale si veda più specialmente **Fallati,** *Die Genesis der Völkergesellschaft* nella *Zeitsch. f. Staatswiss* 1884; **de Martens,** *Trait. de droit inter.* I, § 45-52: *droit de la communauté internationale;* **Rivier,** *Principes du droit de gens* 1896, Vol. I, pag. 7 e segg.; **Holtzendorff,** *Introduction,* § 10.

(51) È un errore il credere che la coscienza giuridica internazionale sia sempre in tutti i tempi e in tutti i luoghi uguale. Essa muta continuamente e si modifica mano mano che la civiltà progredisce e crescono le relazioni tra i popoli.

nose si hanno, a prescindere dalle esposte considerazioni generali, da cui risulta in modo non dubbio inesatta e infondata l'opinione che quella coscienza nega ed impugna?

La manifestazione più spiccata di una coscienza giuridica internazionale si ha in un istituto caratteristico, la *deditio*, che e per la sua forma con cui si esplica e per il suo contenuto si ricollega a quello dei nostri giorni, l'estradizione cioè. Non starò però a esaminarla minuziosamente in tutti i suoi particolari: a me basta solo stabilire in quali casi essa avveniva, e quale ne era il fondamento su cui si poggiava.

L'analogia continua che si riscontra nel diritto romano nel campo del diritto pubblico e del privato si mostra anche qui come altrove. La *deditio* nel suo contenuto rassomiglia alla *noxae datio* del diritto privato. In quest'ultimo chi si reputa danneggiato dal fatto di uno schiavo, o dal figlio di famiglia possiede l'*actio noxalis*, ha il diritto cioè di rivolgersi al padrone e al padre per essere rifatto del danno, o, nel caso che questi non voglia assumerne laresponsabilità, che gli si venga consegnato il colpevole (52).

Uguale è il contenuto della *deditio*. Se una violazione era commessa da un cittadino romano a danno di un altro Stato, o viceversa, uno dei suoi legati si presentava al popolo, e, seguendo rigorose procedure e pronunziando parole solenni, chiedeva la consegna del colpevole. Se questa veniva rifiutata si ricorreva alla suprema *ratio* della guerra.

Il caso dei Fabi e dei Galli Senoni informi.

Ora qual'è il fondamento di tale istituto?

Lo Stato nell'antichità oltre i limiti del suo territorio non poteva espandere la sua autorità: intanto si era verificata una lesione di qualcuno dei suoi diritti per parte di uno straniero. Come farà per avere soddisfazione? Soffrirà in pace l'oltraggio? La *deditio* rimediava a tutto questo. E, notisi bene, perchè essa avve-

(52) **Gai.**, IV, 75.

nisse non era necessario l'esistenza di un trattato di alleanza o di amicizia che legasse i due popoli. L'accennato caso di Fabio ne è la prova più esplicita. Ora io non so come si possa qui negare ai Romani una coscienza giuridica internazionale: non capisco perchè si debba ricorrere per spiegare questo istituto, che ne è la conferma più chiara, a teorie più o meno esagerate di sentimenti religiosi (53) e non accettare la logica, naturale spiegazione del Dirksen così semplice, così consentanea allo spirito del diritto romano (54).

No, me lo permetta il Fusinato, non è il timore del contagio religioso che il cittadino colpevole produceva nell'intera città, non è lo spavento di una vendetta divina invocata dallo Stato avversario, che spingeva Roma a consegnare il colpevole, ma il sentimento della giustizia, quella coscienza giuridica internazionale a cui repugnava che un diritto violato di un altro popolo, impotente a reintegrarlo, rimanesse tale, era il solo movente della *deditio*, e in essa deve ricercarsene il fondamento. Tanto ciò è vero che Fabio, colpevole verso i Galli di gravissima offesa, non fu consegnato allegandosi dai Romani dei cavilli legali. E una prova c'è già se si considera come era richiesto un processo sommario, una *cognitio* del reato commesso prima che il colpevole venisse consegnato allo Stato offeso, che acquistava sul *deditus*, simile al *noxae receptor*, la illimitata *statuendi potestas;* se si considera che in questo processo si veniva a determinare la natura del diritto violato, a riconoscersi quindi nello Stato, che aveva patito un'offesa, la giuridica aspettazione che venisse reintegrato il suo diritto colla punizione del colpevole. L'esame dei casi principali in cui avveniva la *deditio*, serve a confermare sempre più quanto ho detto.

Il primo si verifica quando un capitano avesse conchiuso di suo arbitrio col nemico una *sponsio* che obbligava tutto lo Stato. In tal caso il popolo aveva il diritto di non ratificarla se la *suprema salus* della patria ne sarebbe venuta a soffrire.

(53) **Fusinato,** op. cit., pag. 123 e segg.

(54) **Dirksen,** *Civil. Abhandl.*, I, p. 104.

Lo Stato nemico, il quale veniva così a patire un danno, aveva come il danneggiato nelle relazioni private, un *actio ex contractu* contro la persona del capitano che ha giurato l'adempimento della *sponsio*, in quanto che questa, come dice Livio (55) « *neminem praeter sponsorem obbligat* ». E Roma consegnava il capitano colpevole: la *deditio* avveniva simile alla *noxae datio*. Non è già perchè, come afferma il Fusinato, il capitano avendo giurato si è reso *reus periurus*, autore di uno *scelus impium* esposto alla vendetta degli Dei *ultores*, che lo escludeva dai *sacra* di tutta la patria, nè perchè la città che l'accoglieva sentiva il bisogno di purificarsi, scacciando l'*esecratus* dal suo seno per timore che, allargandosi gli effetti dello spergiuro, gli Dei non l'avessero punita dal momento che essa, garante di fronte a questa e ai nemici dei reati dei suoi cittadini (56) non voleva rendersi solidale con essi: ma solo perchè negando la *deditio*, si sarebbe messa in quella medesima posizione giuridica del *dominus* che negava la consegna dello schiavo, violando così scientemente un diritto coll' impedire l'esercizio di una legittima azione, e che quindi sarebbe stato obligato ad assumere la intera responsabilità della colpa commessa dallo schiavo, come lo Stato avrebbe dovuto assumere la responsabilità degli atti del capitano e riconoscerli (57).

(55) **Liv.,** IX, 9, 15.

(56) **Ihering,** op. cit., I, pag. 276.

(57) Basta leggere le nobili parole del duce Sannita rifiutante sdegnoso la *deditio* di Postumio. Le riporto anche perchè è giusto che chi legge si formi un concetto esatto non con poche e slegate frasi, ma con tutto il contesto del discorso. Dice Ponzio (**Liv.,** IX, 11) rimproverando la loro malafede ai Romani: ... « *obsides Porsinnae dedistis, furto eos subduxistis; auro civitatem a Gallis redimistis: inter accipiendum aurum caesi sunt: pacem nobiscum pepigistis, ut legiones vestras captas restitueremus: eam pacem inritam facitis et semper aliquam fraudi speciem juris imponitis... hoc fide, hoc foederibus, hoc foecialibus cerimoniis dignum erat... hoc tu A. Cornelii hoc vos fetiales juris gentium dicitis? Ita dici Samnitem civem esse Postumium non civem*

E anche nel caso in cui uno Stato straniero stretto con un *foedus* con Roma sporgeva lagnanze per violazione di patti che nel *foedus* erano contenuti, commessa da un cittadino romano, e veniva accordata la *deditio* del colpevole, premessa sempre una sommaria *cognitio* e l'accertamento di un diritto leso, non ne è forse la coscienza giuridica internazionale il suo fondamento?

Dove questa poi si mostra unico e assoluto fondamento è nella *deditio* che Roma accordava dei suoi cittadini rei d'avere offeso

Romanum et a Samnite legatum Romanum violatum: eo vobis justum in nos factum esse bellum: haec ludibria religionum non pudere in lucem proferre et vix pueris dignas ambages senes ac consulares fidei exquirere!. ». Di fronte a queste parole come può sostenersi unico, solo, fondamentale il carattere religioso della *deditio?* Come può dirsi che i Romani *dederunt* Postumio perchè *periurus* e per conseguenza di pericolo alla città, e non perchè facendo altrimenti sarebbero stati obbligati giuridicamente verso i Sanniti, se anzi in questo caso si infischiavano degli dei come dice il Sannita Ponzio (*eluditur numen*)? Come può desumersi dalle parole dei giudici inquirenti sulla condotta di Postumio (*exolvamur religione populum si qua obligavimus*), dall'*intercessio* dei tribuni Livio e Maelio « *qui neque exolvi religione populum aiebant deditione sua* (di Postumio cioè) *nisi omnia Samnitibus qualia apud Candium fuissen restituerentur* » dalla risposta infine di Postumio il quale consiglia la sua dedizione non perchè spergiuro, ma perchè *iniussu populi sponsionem sancivit?* E siccome *neminem praeter sponsorem sponsio obligat*, lui solo si consegni insieme coi *consponsores*, affinchè in *id quod praestare possent et corpora et animos in haec seviant, in haec ferrum, in haec iras acuant* ». Identicamente risposero i Numantini quando venne loro consegnato Q. Mancino che aveva conchiuso con loro una *sponsio* di poi annullata. E la questione di diritto sorta per lui (**Cic.,** *De orat.*, I, 40, II, 32; *Pro Caec.*, 34, *De off.*, III, 30) se cioè « *quem pater patratus dedisset ei nullum fuisset postliminium* » accennata da **Modestino,** (Dig. LXV, 15, 4) risoluta con una legge che stabiliva « *ut Mancinus civis Romanus esset* » (fr. 17 *de leg.*, L, 7) come può spiegarsi se si accetta l'opinione del **Fusinato**? Il *periurus* che solo per allontanare l'ira degli *dei ultores* è stato consegnato cessa d'esser *tale* solo perchè i nemici lo rifiutano?

la maestà d' uno Stato straniero. A questa categoria appartengono le violazioni dirette contro i legati. Nel concetto dell' antichità classica la loro inviolabilità è un dogma. La teoria Romana in proposito si presenta di una chiarezza mirabile (58). L' ambasciatore rappresenta lo Stato cui appartiene, ogni insulto rivolto a lui è offesa alla sua maestà e alla sua potenza e deve esser punito.

Anche lo stesso Fusinato riconosce che qui il motivo della *deditio* è un poco modificato, quantunque secondo lui si presenti sempre il carattere religioso. In questo caso la *noxae datio* è fatta per dare soddisfazione allo Stato offeso separando la causa del cittadino da quella del popolo cui apparteneva, ed impedendo così la guerra, che ne sarebbe venuta sicuramente in caso contrario.

Ed è importantissima a questo punto per la mia affermazione, che cioè una coscienza giuridica internazionale imponesse la *deditio,* notare come in tutti questi casi essa avesse il suo fondamento *giuridico* non in un' obbligazione nascente *ex contractu* ma *ex delicto.*

Domando io: dove si riscontra negli esempi citati il sentimento giuridico nazionale in opposizione agli stranieri quale motivo della *deditio?*

Potrei fermarmi ancora a lungo su questo argomento chè certamente non mi mancherebbero le prove a confortare la mia tesi, la quale, credo, resta sufficientemente dimostrata. Oltre ai *foedera* infatti, dei quali ho parlato e che sono la fonte precipua del diritto internazionale, ci sarebbe a considerare l'*hospitium publicum* e *privatum* la *recuperatio,* l'*ius postilimini*, l'*ius legatio-*

(58) **Pomp.,** fr. 17 *de leg.*, L, 17; fr. 7 *al leg. Jul. de vi publ.*, XLVIII., 6; fr. 8, § 1 *de div. res*, I, 8; **Liv.,** I, 14, 1-3; II, 4, 7; IV; 17, 5; 32, 5; IX, 10, 10; XXXIX, 25, 10; **Cic.,** *De orat.*, I, 31; *de harusp.*, XVI; *In Verr.*, I, 33; **Ps. Ascon.,** *In Verr.*, I, 33, I, § 85; **Non. Marc.,** III, 12; **Polyb.,** XV, 4, 10; **Senec.,** *De frat.*, III, 2; **Dionys.,** V, 34; VI, 16; XI, 25; II, 52; V, 34; VI, 16; XI, 25; **Cic.,** *Pro leg. Man.*, 5; **Liv.,** XXI' 10, 6.

nis, l'*ius foeciale* ed altri istituti ancora, dai quali tutti apparisce chiaro come la coscienza giuridica internazionale ne sia il fondamento. Il ritrovare infatti il collegio dei Feziali presso quasi tutti i popoli dell'antichità romana con attribuzioni pressochè identiche; il riscontrare l'*ius postliminii* in tutte le legislazioni particolari di vari Stati; il vedere sancito dalla concordia mirabile e dalla osservanza la più scrupolosa il principio della inviolabilità dei legati non è forse una conseguenza immediata di quel tacito e mutuo accordo che, appunto perchè tale, costituisce una coscienza giuridica comune o internazionale che dir si voglia, in quanto che spontaneamente popoli vari, indipendenti l'uno dall'altro, hanno sentito il bisogno di stabilire regole uguali per disciplinare le loro reciproche relazioni? Tale comunanza di prescrizioni e di istituti tutt'altro che accidentale, ma non certo imposta da alcuno accordo, una reciprocità la più stretta che si possa immaginare nelle relazioni internazionali prova appunto come sia veramente esistita nell'antichità classica romana una coscienza giuridica internazionale, una società di popoli per così dire, di civiltà quasi uguale, di cui Roma faceva parte. Il vedere poi fino a quando tale comunità internazionale e meglio tale coscienza giuridica comune vi fu è una ricerca indipendente dalla questione presente e che verrà fatta in fine di questo lavoro.

VI. Non mi dilungo ancora e finisco questo argomento. Ho dimostrato come i *foedera* producessero un *vinculum iuris* con tutti i caratteri dell'obbligatorietà, con tutti i requisiti essenziali alla sua esistenza richiesti dal rigoroso *jus civile* (capacità dei contraenti, formalità, prova scritta della convenzione, sua sanzione) che si forma contrattualmente o si estingue in un modo analogo, capace di produrre effetti giuridici, inquantochè violato dà luogo ad una procedura speciale, e ad un'azione che da un semplice reclamo, va alla suprema *ratio* della guerra.

Ho in altri termini provato che le regole internazionali adoperate da Roma avendo una forma, un contenuto ed un valore giuridico rientrano nel dominio del diritto internazionale possedendone tutti i caratteri.

Questo appunto era il secondo punto del problema che mi sono posto nel principio del presente capitolo.

Mi pare quindi che oramai sia fuori di dubbio che Roma riconobbe di fatto Stati sovrani con tutti i caratteri di una distinta personalità politica, nello stesso titolo e nelle stesse proporzioni in cui quei caratteri competevano allo Stato romano.

E non solo di fatto, ma anche di diritto. Poichè al *liber populus*, al *coetus multitudinis juris consensu et utilitatis commune consociatus* si riconobbe una personalità giuridica in quanto che come *civitas* era autonomo, reggentisi con proprie leggi (59), proprie istituzioni, propri magistrati, adoperando proprie monete, avente autorità su sè medesimo, immune da qualunque estranea influenza militare, giurisdizionale ed economica, libero di regolarsi nelle sue azioni esterne come meglio volesse (60), caratteristica questa dell'assoluta sovranità (61).

Gli si riconobbe inoltre una individualità religiosa distinta, con propri Dei e propri organi e una particolare società religiosa. Infine anche un'individualità civile, inquantochè i suoi membri vennero considerati come *cives* soggetti ad un particolare *jus civile* che

(59) Dig., XLIX, 15, 5, § 2; fr. 7 pr. *eod. tit.*

(60) Ciò risulta da molti passi di Livio. Ne cito ad esempio uno (VIII, 2). I Sanniti eransi rivolti ai Romani per protestare contro i Latini alleati di Roma, i quali avevano invaso il loro territorio domandando il loro intervento per far ritirare i Latini. Il Senato rispose tra l'altro che « *in foedere latino nihil esse quo bellare cum quibus ipsi* (i Latini) *velint prohibeatur* ».

(61) Il frammento di **Proculus** (Dig. XLIX, 15, 7, § 1) è importantissimo in proposito perchè dà il criterio per distinguere esattamente sino a qual punto uno Stato conservava la propria individualità politica e giuridica.

regolava completamente e tutelava i loro rapporti obbligatori e i loro diritti sulle cose (62).

Posto ciò nel diritto romano ciascuno Stato esiste di fronte agli altri come un organismo completo con illimitata potestà nel suo territorio. Il suo diritto ha un impero assoluto su tutti coloro che abitano il suo territorio, non solo come moderatore e regolatore del modo della loro esistenza giuridica, ma anche come riconoscimento e tutela in genere di qualunque esistenza giuridica (63).

Onnipotente e riconosciuto per tale dagli altri Stati in tutta la estensione del suo territorio, lo Stato dell' antichità fuori dei propri confini è assolutamente incapace d' espandere la sua autorità, ed è come se non esistesse riguardo agli effetti di essa, in quanto non può in alcun modo *giuridicamente* proteggere i suoi sudditi *ubi fines excesserint* (64).

Dato un tale ordine d' idee lo Stato resulta rappresentato nell' antichità classica come un ente sotto un certo aspetto più completamente sovrano che non lo Stato medesimo (65). Ed è perciò possibile trovare in quelle relazioni antiche tra Stati e Stati lo sviluppo di tutto un sistema di diritto internazionale pubblico, sotto certi aspetti non essenzialmente diverso dal moderno, e che quindi le opinioni contrarie cadono, essendo poggiate su affermazioni in assoluta contraddizione coi fatti.

(62) Su questo punto si veda **Voigt,** op. cit., vol. II. *Die völkerrechtliche Stellung des populi liberi*, pag. 268. **Inst.,** I, 2 § 2, 3.

(63) **Catellani,** op. cit., vol. I, pag. 111.

(64) Dig. XLIX, 15; 5, § 2; fr. 7 pr. *eod. tit.;* fr. 19 § 3 *eod. tit.;* **Cic.,** *Pro Rab.*, 8, 22. Si veda pure **Voigt,** op. cit., vol. II, *Stellung der Peregrinen auf röm. Territorium in Bezug auf das Recht*, pag. 61 e segg., e più specialmente pag. 47.

(65) **Catellani,** op. cit., vol. I, gag. 111.

Capitolo IV.

Roma ebbe un diritto internazionale privato (*)

I. Criterio distintivo tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato. II. Possibilità di un diritto internazionale privato a Roma. III. Opinione del Laurent e sua critica. IV. Opinione del Savigny e sua critica. V. Opinione del Voigt e sua critica. VI. Posizione del problema da risolvere.

I. Ho dimostrato nei due precedenti capitoli come in Roma esisteva un complesso di regole dal contenuto giuridico, che di-

(*) Bibliografia: **Baron,** *Peregrinenrecht und ius gentium*, Leipzig 1892; **Catellani,** *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Vol. I *Storia del diritto internazionale privato*, Torino 1895; **Chénon,** *La loi pérégrine à Rome* nel *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques*, 1890; **Fadda,** *Lo Straniero nel diritto romano*. Appendice allo *Straniero* del **Gianzana,** vol. I, Torino 1885; **Holtzendorff,** *Introduction*, op. cit.; **Mitteis,** *Reichsrecht und Volksrecht in den oestlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891; **Milhaud,** *L'application de la loi pérégrine à Rome*, Thése pour le doctorat, Paris 1893; **Schaeffner,** *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, Frankfurt 1841; **Saredo,** *Saggio sulla storia del diritto internazionale privato*, Firenze 1893; **Savigny,** *System*, Vol. VIII, § 341 e segg.; **Sell,** *Die recuperatio der Römer*, Braunschweig 1837; **Van Wetter,** *De la condiction civil des étrangers en droit romain*. Appendice al *Droit civil international* del **Laurent,** vol. I; **Voigt,** *Das ius naturale* ecc. cit., vol. II e IV *passim*.

sciplinavano i rapporti tra Stati autonomi e sovrani, ed ho detto che esse formano appunto l'oggetto di un diritto internazionale pubblico.

Si tratta ora qui di sapere se Roma ebbe un diritto internazionale privato, o, in altri termini, se nei vari periodi della sua storia troviamo un sistema di principî, il cui contenuto e la cui sfera d'applicazione permettano di dire che formano la materia di un tal diritto.

Oggi questa seconda ricerca sarebbe pressochè inutile, perchè il diritto internazionale privato, scrive il Catellani, non può concepirsi come una parte del diritto internazionale del tutto autonoma ed indipendente, ma come quella che ha la sua ragione d'essere suprema e quella d'ogni suo istituto, non nella materia delle leggi d'ordine privato, ma nelle condizioni d'esistenza di quella società di Stati, che, come tutte le esistenze collettive, subordina e limita di necessità quella dei singoli enti che la compongono, nella coesistenza cioè dei diritti della sovranità, in altre parole, nel diritto internazionale (1).

Nell'antichità classica però, e a Roma in ispecie, tale stretto legame di dipendenza tra i due diritti non esiste, come meglio si vedrà appresso. Questa osservazione preliminare non è stata però fatta dagli autori che dell'argomento si sono occupati, i quali applicando la moderna concezione del diritto internazionale a quella dell'antichità dopo aver negato il pubblico, era da supporsi dovessero logicamente negare il privato, che in quello ripone il suo fondamento (2).

Posto ciò prima di addentrarmi nella questione, bisogna rimuovere una difficoltà che si presenta a questo punto. Oggi il diritto internazionale privato si distingue dal pubblico, quantunque in questo abbia la sua ragione di essere, nettamente, e abbastanza

(1) **Catellani,** op. cit., vol I, p. 10.

(2) Cito per tutti il **Laurent,** *Droit civ. int.*, vol. I, p. 1 e 4.

rigorosamente. Mentre il primo regola i rapporti tra i vari Stati, considerati come *persone* internazionali, il secondo guarda solo a disciplinare l'espansione extraterritoriale delle leggi, a risolvere i conflitti di legislazione, o più propriamente, a regolare i conflitti di diritti spettanti a persone sottoposte a leggi differenti. Per conseguenza si può, guardando al contenuto di una regola giuridica internazionale o di un istituto, assegnarli subito all' uno o all'altro dei due diritti: il pubblico o il privato.

Ciò non è tanto facile per l'antichità, poichè tra due diritti passava un intimo nesso, specialmente in questo campo riservato alle relazioni esterne.

Il criterio distintivo di cui mi sono servito nell' assegnare all' uno o altro diritto gli istituti o le regole internazionali è stato quindi desunto dalla sfera d'applicazione di essi.

II. Chiunque che senza preconcetti dia uno rapido sguardo alla storia del diritto romano, non può non convenire, astrattamente parlando, a prescindere da qualunque prova positiva, che un diritto internazionale privato fosse stato possibile nei diversi periodi di tempo.

A questa conclusione mi par di poter giungere quasi a *priori*, osservando come allora si riscontravano le condizioni logiche e necessarie per l'esistenza di quello; mancanza cioè dell'unità legislativa e giurisdizionale. Ed io non so come si possa, non tenendo conto di altri potentissimi argomenti, negare l'esistenza di un diritto internazionale privato, quando questo sarebbe una conseguenza immediata, un effetto necessario di una causa certa e indiscutibile, la pluralità di leggi e di giudici che esercitavano il loro ministero su individui in rapporto reciproco di estraneità.

Infatti da quanto ho detto sulla coesistenza giuridica di Stati autonomi e sovrani, ne risulta tra l'altro l'individualità civile di ciascuno di essi, in quanto i loro membri erano considerati come *cives*, soggetti ad un particolare *jus civile*, che impartiva una com-

pleta tutela a tutti i loro rapporti obbligatori e a tutti i loro diritti sulle cose, ed ho provato pure che tale individualità civile fu riconosciuta in Roma, come risulta dalle fonti sia giuridiche che estragiuridiche.

Quel che importa qui notare è che essa non si mantenne solo nel primo periodo della storia di Roma. Anche quando l'indipendenza politica di tali popoli si affievolì sotto la pesante egemonia dell'Urbs, sino a sparire completamente, rimanendo essi assorbiti nell'impero del *populus romanus Quiritium*, continuò a sussistere ancora per molto tempo la civile, e ciò perchè i Romani non imposero mai violentemente il loro diritto, quasi che il diritto non fosse qualche cosa d'intimamente connaturato colla società in cui nasce e si svolge. E che ciò sia avvenuto può desumersi oltre che da prove dirette (3) dal modo stesso di formazione del diritto romano.

Tale osservazione è di grande importanza, in quanto distrugge un'obbiezione pregiudiziale che mi si poteva muovere, che cioè un diritto internazionale privato nell'antichità romana se vi fu, non durò che pochissimo.

L'esame dunque che qui io debbo fare è duplice: provare da un lato tale coesistenza di diritti diversi e dall'altro che differenze più o meno profonde intercedettero tra essi in ogni epoca della storia di Roma. I risultati di questa ricerca attenta e minuta costituiranno appunto il presupposto logico e necessario del diritto internazionale privato.

(3) **Cic.,** *Pro Balb.*, 8, 21, 22; **Gell.,** 16, 13, 6; **Fest.,** s. v. *fundus.* Plebiscito del 683 relativo ai Termensi: « *Ei..,. legibus sueis ita utunto, itaque ieis omnibus sueis legibus Thermensis maioribus Pisideis utei licit. quod advorsus hanc legem non fiat* ». *C. I. L. I.* n. 204; **Liv.,** IX, 43, 23: « *Hernicorum tribus populis, quia maluerunt quam civitatem suae leges redditae* .... »; XXIX, 21, 7: « *Locrensibus libertatem legesque suas populum romanum senatumque restituere dixit* ». E molti altri esempi che mi risparmio di citare.

Le notizie che ci rimangono in proposito riguardanti l'epoca in cui coesistevano Stati sovrani e indipendenti sono scarse, non però tali da non permettere di affermare con sicurezza che nessuna comunità di diritto esistesse tra Roma e l'antichissima confederazione dei trenta Stati latini. Differenze vi furono tra i vari diritti, non grandissime avendo essi per l'unità d'origine e l'identità dei costumi e di linguaggio il fondo e le linee generali comuni (4). Sia a Preneste che a Roma, sia in uno stato latino che in un altro il matrimonio, la *manumissio* (5), il testamento, la successione ab *intestato* erano rette dal diritto locale.

Aulo Gellio e Varrone ci danno qualche notizia più precisa in due loro frammenti riguardanti gli sponsali. Gellio infatti riportando ciò che Servio Sulpicio scrisse nel suo libro *de dotibus* sul diritto che governava la conclusione degli sponsali nel Lazio, ci fa sapere che ne nasceva una specie di *stipulatio* la quale, non adempita, dava luogo all'*actio ex sponsu*. « *Sed si postea stipulationes uxor non dabatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat* ». E aggiunge Servio, *hoc jus sponsaliorum observatum est ad id tempus quo civitas universo Latio lege Iulia data est* (6). A Roma viceversa tale azione, data per venir meno alla *sponsio* mancava, come può desumersi da Varrone (7).

Un altro esempio, riferentesi sempre a Stati sovrani, si ha in Livio (8), il qual dice che « *plebis scivit ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae jus idem, quod cum civibus romanis esset* ». Queste parole si riferiscono ad un plebiscito

(4) Su questo punto si veda **Mommsen**, *Droit public*, vol. VI, parte II pag. 249. e segg.

(5) Le fonti ci lasciano scarsissime testimonianze. Si veda **Mommsen**, l. c,

(6) **Gell.**, *Noc. att.*, IV, 4.

(7) **Varr.**, *l. l.* VI, 71, 72. Si veda **Pacchioni**, *Actio de sponsu* nell'*Arch. Giurid.*, vol. XXIX, pag. 385-432.

(8) **Liv.**, XXXV, 7.

del 561 emanato per alleviare i disagi dei debitori romani, e per frenare l'ingordigia degli usurai i quali, non potendo percepire elevate usure, eludevano le leggi in proposito, mettendo i loro crediti sotto il nome degli abitanti degli Stati vicini che non erano sottoposti alla loro limitazione.

Procedendo innanzi nel tempo in cui la indipendenza politica dei popoli, prima sovrani, era sparita, rimanendo assorbiti nell' impero, si incontrano ancora diritti particolari differenti.

Le *civitates liberae*, sia che la loro libertà si fondasse sopra un *foedus* o da su atto unilaterale e quindi revocabile da Roma, erano di fatto e di diritto indipendenti, e, salvo certi limiti relativi alla costituzione ed ai rapporti internazionali, si regolavano interamente con proprie leggi e propria giurisdizione, estesa anche ai cittadini romani viventi presso di loro (9).

Analoga condizione giuridica avevano le *civitates foederatae* che, indipendenti dalle provincie nelle quali si trovavano, conservavano propria giurisdizione non solo sui proprii cittadini, ma anche sui *cives romani* che dimoravano nel loro territorio. I loro obblighi verso la Repubblica contenendosi nei limiti d'alleanza avevano carattere internazionale, perciò nessuna restrizione alla loro *potestas* sul suolo e all'uso del loro diritto particolare (10).

In breve tanto le une che le altre godevano della piena αὐτονομία.

Nei territori dipendenti da Roma poi, come si mantenne vario il loro grado di soggezione alla metropoli e il vincolo che ad essa li univa, così vi abbondarono i diritti particolari.

(9) **Karlowa,** *Röm. Rechtsgesch.*, vol. I, pag. 338. Senatoconsulto del 674 riportato nel *C. I. G.* 2222: « ὅπως.... οἱ παρ' αὐτοῖς ὄντες Ῥωμαιοῖς τοῖς Χείων ὑπακούωσιν νόμοις ». Legge dei Termensi del 683: « *Quae leges quod queious quaeque consuetudo L. Marcio Sex. Iulio coss. inter civeis Romanos et Termenses majores Pisidas fuit, easdem leges eidemque ious eademque consuetudo inter ceives Romanos et Termenses maiores Pisidas esto* ».

(10) **Karlowa,** l. c. **Catellani,** op. cit. pag. 185.

I *deditícii,* quei popoli cioè che *se dederunt in dicione populi romani* (11), rimasero sempre stranieri di fronte a questo, benchè in una condizione di fatto che variò parecchio nei diversi periodi della storia. Colla *deditio* essi rimanevano privi di ogni diritto, e questo veniva loro concesso da Roma, che per necessità accordava loro l'*jus nexi mancipique* (12) con apposita legge. Ma un tal diritto ritiene e giustamente il Voigt (13) non potè del tutto escludere l'originario, il quale continuò a sussistere, in quanto non fosse stato sostituito dall'*jus nexi mancipique* (14).

La municipalità diede anche origine a differenze notevoli di diritto. I *municipes,* tanto nel loro significato primitivo che transitorio, dice Gellio (15), *sunt cives romani ex municipis legibus suis et suo jure utentes.* Lo conferma Festo: *alii qui ad civitatem romanam ita venerunt uti municipes essent suae cuiusque civitatis suisque legibus uterentur.*

Non solo, ma anche nel territorio stesso dei municipi si hanno diritti diversi: quelli delle popolazioni attribuite (16) che formano nell'interno dei municipi, cui erano stati assegnati, comuni subordinati forniti di minori diritti (*conciliabola* o *vici*) in confronto al comune principale e ai suoi abitanti (17). L'estensione della

(11) **Gai.,** I, 14; **Liv.,** I, 38.

(12) **Mommsen,** op. cit., vol. VI, parte II, pag. 245, n. 3.

(13) **Voigt,** op. cit., vol. II, p. 510 e seg.

(14) **Livio,** parlando dei Campani dice « *leges vestras dedimus* ». (XXIII, 5). Il *praefectus* nominato volta per volta dal pretore regolava in virtù di una legge romana lo statuto locale, dimodochè era il diritto preesistente che veniva preso per base: solo in quanto alla forma questo statuto era una legge mediata romana. Quindi è lecito supporre che il cittadino campano testasse secondo il proprio diritto. Si veda **Mommsen,** op. cit., vol. VI, parte I, pag. 197.

(15) **Gell.,** *Noct. Att.,* XVI, 13.

(16) **Mommsen,** op. cit., vol. VI, part. 2ª, pag. 407.

(17) **Karlowa,** op. cit. vol. I, pag- 302-303.

particolarità di tali diritti non si può affermare con prove ampie, ma la giurisdizione indipendente, come risulta da qualche iscrizione autorizza a crederle notevoli (18).

Nelle *coloniae* poi lo sviluppo del diritto particolare ebbe maggior facilità. I coloni Romani e Latini avevano un diritto che era diverso da quello degli abitanti orginari. Ma pur conservando la cittadinanza anteriore potevano trattare liberamente i loro affari interni; il contatto dei due diritti quindi doveva far perdere le loro caratteristiche speciali, ma nel medesimo tempo si veniva a formare un nuovo diritto diverso da quello romano.

Nè diversamente avvenne nelle *provinciae*. La *lex data* secondo le istruzioni del Senato, da una commissione di dieci senatori, o il decreto del conquistatore con cui veniva organizzata, non avea lo scopo precipuo di estendere ai paesi conquistati il diritto romano, nè di creare l'unità dei paesi provinciali, quanto piuttosto l'uniformità della loro dipendenza da Roma, sicchè nè repugnava ai concetti, nè contraddiceva ai fini di questa che vi sussistesse un diritto privato diverso da quello romano, e che persistessero e vi si accentuassero (19) disformità di diritto fra le varie parti della stessa provincia.

Il diritto nazionale di ogni provincia forma dunque sovente il nucleo e il punto di partenza del rispettivo diritto provinciale. Così, per esempio, avvenne fin da principio che alla Sicilia, alla Cilicia, al Ponto e alla Bitinia nell'atto stesso della organizzazione provinciale si lasciò il loro antico diritto. Cicerone fornisce le prove più ampie in proposito nelle sue Verrine. Dice infatti che « *Siciliae civitatis sic in amicitiam fidemque recipiemus ut eodem iure essent quo fuissent: eodem conditione populo ro-*

(18) *C. I. L.* n. 603. Per questa materia si veda **Marquardt,** *Organisation de l'empire romain*, vol. I, pag. 35 e segg.

(19) **Catellani,** op. cit., vol, I, pag. 187. **Karlowa,** op. cit., vol. I, pag. 336.

(20) **Karlowa,** l. c.

mano parerent quo suis ante paruissent (20). Che anzi una legge apposita, la *Rupilia,* stabilì « *ut quod civis cum cive agat domi certet suis legibus* (21). Notizia questa confermata altrove dallo stesso scrittore (22) che nomina una « *lex frumentaria quam Hieronicam appellant* » secondo la quale *judicia fiunt.* Analoga era la condizione della Cilicia al tempo dell'amministrazione del medesimo Cicerone, che sul riguardo ci dà notizie preziose. (23).

La provincia poi, così organizzata come unità amministrativa, si prestava mirabilmente allo sviluppo di tutto un sistema di diritto internazionale privato. Nel suo territorio infatti convivevano insieme cogli indigeni (i quali pure non erano tutti soggetti alla stessa legge civile) cittadini romani e cittadini di altri paesi dipendenti da Roma; a ciascuna di queste classi della popolazione la legge provinciale garentiva l'uso del proprio diritto (24) e il ricorso a giudici diversi, quantunque subordinati allo stesso magistrato.

Ho rapidamente accennato come più diritti differenti tra loro coesistessero nell'ambito dell'impero romano. L'esame sarà più completo quando, divenendo più minuto, indicherà con particolari in che consistessero le differenze intercedenti fra loro.

Uno sguardo rapido basta per darne subito un'idea. Si vedranno ad esempio istituti giuridici sconosciuti ai peregrini. Gaio (25) dice che « *apud peregrinus non similiter apud nos in tutela sunt foeminae: sed sane plerumque quasi in tutela sunt ut*

(21) **Cic.,** *In Verrem,* II, 3, 16.

(22) **Cic.,** *In Verrem.* II, 13.

(23) **Cic.,** *ad Att.,* VI, 1, 15. Scrive egli ad Attico che « *libertatem censent Graeci datam ut inter se disceptent suis legibus* » e altrove che « *omnes civitates Ciliciae suis legibus et judiciis* αὐτονομίαν *adeptae revixerunt* ».

(24) **Karlowa,** op. cit., vol. I, pag. 338; **Marquardt,** op. cit., vol. II, pag. 274; **Cic.,** *Verr.,* 2, 13.

(25) **Gai.,** I, 93.

ecce lex Bitinorum si quidem mulieri contrahet maritum auctorem esse jubet aut filium eius puberem ». In altro luogo (26) fa chiaramente supporre che non in tutte le città si danno tutori agli impuberi per testamento, cosa questa generale « *quia naturali ratione conveniens est* » e aggiunge più in là (27) che varie leggi sussistono presso alcuni popoli riguardanti diversamente il medesimo istituto, e accenna al differente concetto che del *dominium* si aveva (28).

Altri istituti poi erano variamente disciplinati. *La patria potestas* ad esempio veniva altrimenti concepita. Le fonti accennano (29) ai Galati che avevano una *patria potestas* simile a quella dei Romani, perchè *fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus.*

Per quello che concerne i testamenti in ogni legislazione si trovano varie disposizioni riguardanti la forma dell'atto e il numero dei testimoni. In Grecia si richiedeva un magistrato per ricevere i testamenti, e un padre non avrebbe potuto mettere in essere un atto che togliesse una parte della successione ai suoi figli legittimi; a Roma invece l'adottante potea adottare anche avendo dei figli legittimi, vietandosi solo l'*adrogatio* (30).

Il frammento Dositeano (31) parla di una *lex peregrina* diversa dalla romana, che riguardava lo stato degli schiavi manomessi a Roma, senza le forme solenni, da un peregrino.

Nel diritto romano la *fideipromissio* era intrasmissibile agli eredi a meno che, come dice Gaio (32) *de peregrino fidepromis-*

(26) **Gai.,** I, 189.
(27) **Gai.,** I, 197.
(28) **Gai.,** II, 40.
(29) **Gai.,** I, 55.
(30) **Gai.,** I, 99; **Gell.,** *hoc. Att.*, V, 19.
(31) *Collectio* II, p. 155.
(32) **Gai.,** III, 120, 121.

sore quaeramus et alio iure civitas eius utatur: fidepromissio autem etiam heres tenetur.

Parimenti Gaio (33) accenna al giuramento che può essere in parecchi casi fondamento di obbligazione *secundum jura singularum civitatum peregrinorum*, mentre in diritto romano ciò potea avvenire nel solo caso della *jurata operarum promissio.*

Si hanno infine istituti giuridici sconosciuti ai Romani e che tali rimasero per parecchio tempo.

L' enfiteusi esisteva nella legislazione greca, molto tempo prima che venisse accolta in Roma: se prima c' era sul proposito da dubitare dopo l' importantissima scoperta della *tabula Heraclensis* ogni motivo viene meno, trovandosi in essa documenti di concessioni enfiteutiche rimontanti a più di tre secoli avanti l'era volgare.

L' ipoteca anch' essa è d' origine greca quantunque si dubiti che esistesse anche a Roma e che greco sia stato soltanto il nome (34). Ad ogni modo però in Grecia era disciplinata assai differentemente, tenendosi in massima pubblicità, mentre a Roma era occulta.

Gaio poi (35) parla di *singraphae* e di *chirographae* come *genus obbligationis proprium peregrinorum.* Plinio il giovane dice che all' epoca di Traiano parecchie città della Bitinia e del Ponto, possedevano sui beni dei debitori privilegi speciali, e gli abitanti di Nicea pretendevano avere il diritto di raccogliere l'eredità dei loro concittadini morti intestati (36).

In questo stato di cose mancando nello impero romano l' unità legislativa è naturale che dovessero nascere dei conflitti di legge, inquantochè ne porgevano l' occasione individui sottoposti a diritti in

(33) **Gai.,** III, 96.

(34) **Jordan,** *De l'hypothèque*, pag. 142; **Padelletti-Cogliolo,** op. cit., pag. 24.

(35) **Gai.,** 134; **Cic.,** *ad Att.* VI, 1, 15, in *Verr.* II, 1, 36; **Gneist,** *Die formelle Verträge*, pag. 418; **Schupfer,** nella *Riv. it. di scienze giur.* vol. V, pag. 13.

(36) **Plin.,** X, 109, 110: X, 88.

tutto o in parte inconciliabili. E conflitti infatti sorgevano a Roma nell'applicazione di vari diritti particolari, in quanto che, come dimostrerò meglio appresso, non bastavano le norme dell'*ius gentium*, il quale, se aveva un universale obiettivo non aveva parimente una concreta universalità di fatto nel regolare tutte le relazioni del commercio economico fra i vivi, per le quali la vita internazionale reclamava nel modo più imperioso una norma di diritto (37). Ed infatti al tempo di Cicerone mancavano nell'*ius gentium* la prescrizione e l'ipoteca che si trovavano, come si è visto, in diritti particolari dei paesi soggetti a Roma: l'esclusione del diritto peregrino da ogni applicazione nel territorio della repubblica avrebbe dovuto escludere da Roma tutti quegli istituti nuovi, o quei perfezionamenti di istituti già accolti nel diritto locale. Ma questo non avviene, e per conseguenza quando fra il diritto particolare e l'*ius gentium* vi era dissidio bisognava certamente ricorrere a delle norme per comporlo (38).

Conflitti di legge infatti succedevano nelle colonie e nei municipi.

La mancanza di omogeneità nella popolazione, coesistendo coloni ed indigeni con proprio e diverso diritto, rendeva necessaria l'applicazione alternativa di leggi diverse nello stesso territorio. Nei municipi reggentisi con proprie leggi speciali diverse da quelle di Roma e da quelle di altri municipi potea avvenire il conflitto tra cittadini appartenenti a vari comuni o con *cives romani*.

Nelle provincie poi i conflitti si presentavano più frequenti che altrove nei rapporti fra provinciali e non provinciali, e fra questi ultimi nel territorio, e fra i primi fuori del territorio. Le varie leggi da cui venivano tratti questi diritti inconciliabili in tutto o in parte si prestavano al conflitto dinanzi al magistrato, che dovea risolverlo coll'applicazione di una o coll'esclusione dell'altra, o

(37) **Voigt,** op. cit., vol. IV, pag. 328.
(38) **Catellani,** op. cit., vol. I, pag. 189.

per effetto del loro disforme contenuto materiale, o nel definire la configurazione giuridica di un rapporto, o nel determinare la qualità della persona. Nè può nemmeno dirsi che dopo la legge di Caracalla, nel 212 dopo Cristo si ebbe nell' Impero conformità di diritto civile e per conseguenza non manca il presupposto necessario di un diritto internazionale privato.

Ed è questo che il Savigny afferma citando in appoggio della sua opinione numerosi testi (39) dai quali risulta la persistenza di certe leggi locali. Cito fra l'altro come riprova la costituzione dell' imperatore Costanzo che aveva proibito i matrimoni fra cognati, matrimoni che, ciò nonostante continuando a sussistere in Egitto, obbligarono l' imperatore Zenone a rinnovare il disposto del suo predecessore (40). In un passo di Teodorico relativo al tempo di Teodosio il giovane, si parla di popoli che non volendo essere governati dalle leggi romane non vi furono costretti nè colla forza, nè colla persecuzione restando legittimamente autonomi. Sicchè due secoli dopo la legge di Caracalla vi erano popoli soggetti ai Romani che non erano sottoposti alla legge di Roma.

La particolarità dei diritti diversi potea nel periodo corso fra Caracalla e Giustiniano avere varie origini. Potea trattarsi anzitutto di norme particolari divergenti dal diritto comune, che fossero contenute in leggi municipali o in privilegi formatisi per consuetudine a favore di qualche comune, come per esempio scuse particolari per esentarsi dalla tutela (41), o che fossero conseguenza di circostanze speciali religiose, etnografiche o tradizionali, come sarebbe la mancanza di certi impedimenti del matrimonio. Altre norme particolari diverse nelle varie parti del territorio potevano esser dirette ad integrare con armonia di obiettivo, ma con disparità di modo e d' espressione, certe deficienze del diritto comune. Final-

(39) **Savigny,** *Geschichte des Röm. Rechts in Mittelalt.*, vol. I, pag. 35.

(40) **Cod.,** V, 5, 8.

(41) **Voigt,** op. cit., IV, 788, 798.

mente potea trattarsi di diritti peregrini propriamente detti, sopravissuti in parte nel loro complesso e nella loro attitudine di sviluppo alle vicende politiche del paese dove erano in vigore. Casi di conservazione speciale si ebbero in certi istituti d'origine gallica sopravissuti non più come diritti peregrini, ma come particolarità locali del diritto romano. Ed anche diritti peregrini come tali rimasero in vigore fino a Giustiniano. In altri paesi poi il diritto nazionale si mantenne vivo, senza l'adesione dello stato romano per effetto della spontanea sottomissione degli interessati. Così per degli Ebrei che, anche dopo le leggi di Caracalla, continuarono a reggersi socondo il proprio diritto nazionale, continuando ad invocare nelle loro controversie le decisioni dei loro giudici religiosi: e tale era pure il caso degli antichi cristiani (42).

Tutto questo che sono venuto dicendo sino adesso sulla coesistenza cioè di più leggi e di più diritti diversi l'uno dall'altro, non solo negli Stati sovrani dell'antichità, ma anche nell'ambito stesso dell'impero romano, che imperavano su individui tra di loro in rapporto reciproco di estraneità, non autorizza a dire che un diritto internazionale privato potea esistere, scaturendo come conseguenza logica ed immediata, come effetto necessario di una causa certa e indiscutibile?

Il giudice a cui ricorrevano individui sottoposti a leggi differenti, i quali da questo traevano diritti inconciliabili in tutto o in parte, doveva naturalmente applicare una norma giuridica per dirimere volta per volta le questioni che si presentavano al suo esame.

Supposto ad esempio che un latino il quale aveva il *connubium*. intendeva agire *ex sponsu* perchè i parenti della *civis romana*

(42) *Cod. Theod.* II, 1, 10 Per tutta questa materia si veda il pregevolissimo libro del **Catellani** più volte citato, dal quale ho ampiamente attinto molte notizie (vol. I, p. 166 e segg.) e quello già classico del **Mitteis**, *Reichsrecht und Völksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*, Leipzig 1891.

non permettevano più le nozze di già promesse; o che il creditore peregrino la cui legge sanciva che la *fidepromissio* si trasmettesse agli eredi, domandava al giudice romano che l'erede del debitore romano fosse tenuto a prestarla; o che s'impugnasse di nullità un testamento fatto da un peregrino perchè questo non seguì le formalità essenziali imposte dall'*ius civile Quiritium*; o che un *cives* domandasse si riconoscesse la validità di un'obbligazione contratta mediante giuramento da un peregrino, la cui legge permetteva che quello poteva esser fonte d'obbligazione in altri casi che non la *jurata operarum promissio* del diritto romano, in tutti questi e in moltissimi altri casi simili, che io non formulo per brevità, la norma giuridica assunta dal giudice per decidere sia respingendo l'*actio ex sponsu* del latino, o la domanda del peregrino chiedente la trasmissibilità della *fidepromissio* agli eredi del debitore romano, sia accordando valore al testamento di uno straniero, non ha forse tutti i caratteri di una norma giuridica di diritto internazionale privato? Non si viene forse a risolvere un conflitto di leggi nascente dalla diversità di diritti variamente regolati?

Ed il complesso di tali regole non può forse costituire l'oggetto di un diritto internazionale privato?

Io non esito un momento ad affermarlo, molto più che nelle fonti si trovano in abbondanza delle prove lampanti in appoggio della mia tesi.

A tale conclusione però non tutti sono giunti: che anzi la maggior parte ne hanno trovata una assolutamente opposta. Esaminerò quindi le varie opinioni principali sull'argomento.

III. Il Laurent al solito colla sua dommatica affermazione lo nega. Per lui diritto internazionale privato a Roma non potè esservi, prima di tutto perchè si sconosceva le personalità del diritto, poi perchè tra i varii diritti coesistenti nel territorio dell'impero ogni conflitto era impossibile. Nè l'istituto dei *recuperatores* o del *prae-*

tor peregrinus costituisce per lui un'obbiezione. Quest'ultimo, dice, giudicava secondo l'*ius gentium*, diritto per nullo straniero, ma romano, che formulava nel suo editto. In quanto ai *recuperatores* il Laurent ammette che essi avrebbero potuto essere un diritto internazionale, ma non si riuscì parimenti a nulla (43).

Osservo anzitutto che le conclusioni del Laurent poggiano su presupposti non veri e derivano tra l'altro dal non aver posto il problema nei suoi limiti. Per lui, a prescindere dalla questione particolare di Roma, il compito unico del diritto internazionale privato è risolvere il conflitto delle leggi che fra di loro vengono a contatto, inquantochè ne porgono l'occasione individui che appartenendo a paesi differenti traggono da essi diritti in tutto o in parte inconciliabili (44). Posto ciò, se Roma sconosceva *subiectum iuris* nello straniero, che fuori i limiti del suo stato era occupabile come *res nullius*, e mancava quindi il sostrato essenziale di una personalità da tutelare e di una capacità giuridica che si afferma e si esplica, come poteva esistere un diritto internazionale privato che in queste condizioni ripete il suo fondamento, in quanto che mancando esse manca il motivo stesso della sua esistenza?

E se poi tale capacità di agire fu concessa allo straniero per mezzo di trattati, regolandola nella sua esplicazione con leggi che non erano quelle personali del *peregrinus*, ma con l'*ius gentium*, diritto universale ed essenzialmente romano, in quanto si applicava anche ai *cives*, come poteva sorgere il conflitto tra la legge personale e la legge territoriale, e quindi un diritto che venisse a conciliare queste e a risolvere quello?

Il ragionamento del Laurent è in parte logico: date quelle premesse, posto in quei termini il problema, la soluzione non po-

(43) **Laurent,** *Droit civ. int.*, vol. 1, n. 102-106 e cap. I di questa monografia.

(44) **Savigny,** *System.* VIII, § 341 con la consueta chiarezza ed acume pose il problema nei suoi veri limiti.

teva non essere un'altra. I punti deboli di questa teoria a prescindere da certe contraddizioni evidenti che io non noto, sono chiari. Pregiudizialmente potrebbe osservarsi che l'*ius gentium* è appunto un diritto internazionale privato. Ma di ciò appresso. Quì solamente è da ricercare se l'*ius gentium* bastava a regolare tutte le relazioni che i peregrini potessero avere in Roma, sia tra loro, che coi *cives*, e quindi se i giudici innanzi a cui venivano ad esser portate simili liti si trovarono nella necessità di applicare la *lex peregrina*, non potendo ricorrere nè all' *ius civile* solo riserbato ai *cives*, nè all' *ius gentium* che non contemplava tutti i casi.

L'esame dunque che io intendo qui fare per combattere l'opinione di Laurent e dichiarata inammissibile è doppio: passerò rapidamente in rivista i diritti concessi al peregrino che fanno parte dell'*ius gentium*, e mostrerò come da un lato questo fosse insufficiente a regolare tutti i rapporti giuridici che potevano porre in essere gli stranieri, e che quindi bisognava ricorrere alle *lex peregrina*, che li disciplinasse, e dall' altro come accanto ad una disposizione dell'*ius gentium* se ne trovasse una *peregrina* che, regolando un medesimo istituto, ne differiva e pel suo contenuto e pei suoi effetti, venendo anzi a trovarsi in contraddizione con quella.

I diritti civili che si raggruppano nelle due grandi categorie di *ius connubii* e *ius commercii* erano negati in massima ai peregrini. L' ius civile Quiritium non poteva applicarsi che ai Romani. È questo un concetto che si mantiene nelle sue linee generali costante e fermo, derogandovi solo quando le impellenti necessità della vita l' imponevano. Al peregrinus erano solo riconosciuti i diritti dipendenti dall'*ius gentium*, vale a dire quei diritti che, accolti e sanzionati dalla legislazione romana, non avevano il carattere esclusivo e particolare di emanazione della coscienza giuridica di Roma, ma ripetevano le loro origini nelle leggi e negli usi di molti altri popoli italici e quindi non applicabili ai soli *cives*.

Infatti i peregrini non godevano del *connubium* (45) cioè del diritto di conchiudere un matrimonio secondo l'ius civile: gli erano quindi contese le *justae nuptiae* (46) producenti la *patria potestas* romana (47), l'agnazione (48) dalla quale dipendeva immediatamente l'eredità civile *ab intestato* (49). Parimenti gli si negavano gli effetti del regime dotale romano (50) non potendo il coniuge superstite peregrino invocare il beneficio della *bonorum possessio unde vi et uxor* (51), *la manus*, *il manipium* (52), la tutela, la curatela, l'*adoptio* (53), la *dominica potestas* romana, essendo tutti questi istituti giuridici essenzialmente quiritarii. Godevano però di un *matrimonium* secondo l'*ius gentium*, che differiva profondamente dalla iustae nuptiae in quanto agli effetti poichè non produceva nè la patria potestas nè la manus romana. I figli nati dall'unione di un romano e di una peregrina seguivano la condizione della madre (54), quelli nati da un peregrino, col quale non esisteva il *connubium*, e da una romana seguivano la condizione del padre, eccetto che questo fosse latino, perchè allora nascevano *cives* (55). Ciò non ostante questo matrimonium iuris gentium produceva effetti notevoli. La fedeltà coniugale era sanzionata dalla *lex Julia* (56) ma il marito non aveva come nella

(45) **Ulpian.**, V. 4.
(46) **Ulpian.**, V, 3.
(47) **Gai.**, I, 55, 56.
(48) Arg. **Dig.** 50, 16, 195, § 2,
(49) **Gai.**, III, 24.
(50) **Dig.** 38, 11, 1. *pr.*
(51) **Gai.**, I, 193.
(52) **Gai.**, I, 193.
(53) **Ulpian.**, XI, 16; XXII, 2.
(54) **Gai.**, I, 78.
(55) **Gai.**, I, 78, 80.
(56) **Dig.** 48, 5, 13. § 1-3.

juxtae nuptiae il diritto di perseguire l'adultera (57), ma la *exceptio de eo quod f. op.*, l'*actio rei uxoriae* e il diritto alle *retentiones*, escluse quella *proptes liberos* (58). Poteva però questo matrimonio *iuris gentium* trasformarsi in justae nuptiae dati certi casi (59).

In questa grande categoria di diritti concessi ai peregrini, come si vede, molte sono le lacune che vi si riscontrano. Non si accenna menomamente al modo con cui veniva regolato lo stato e la capacità della persona: l'ius gentium tace su questo come su tutto quanto il diritto di famiglia, sulla manomissione e sulla facoltà di testare o donare *mortis causa*.

Passiamo all'altra categoria di diritti compresi nell'*ius commercii.*

Di regola i peregrini non avevano il *commercium*, quindi erano incapaci di acquistare la proprietà civilibus modis (60), l'eredità civile o *ab intestato* (61) nè trasmetterla (62), i legati (63), non potevano obbligarsi stipulando colle parole *spondes? spondeo* (64), nè contrarre un'obbligazione per via dei *nomina transcripticia*, e molto meno se la *transcriptio* aveva luogo a persona in personam (65). Potevano però secondo l' ius gentium acquistare mediante la tradizione e l'occupazione (66) le cose tanto *nec mancipi* che *mancipi* (67), trasmettere per donazione *inter*

(57) **Papin.**, *Collatio*, IV, 5.
(58) **Voigt**, op. cit., vol. II, p. 848 in f. e testi ivi citati,
(59) **Gai.**, I, 28, 65.
(60) **Ulpian.**, XIX, 4.
(61) **Ulpian.**, XXII, 2. **Cod.** 24, 1, § 1.
(62) **Ulpian.**, XX, 14.
(63) **Gai.**, I, 21-28.
(64) **Gai.**, III, 93-94.
(65) **Gai.**, III, 1333.
(66) **Gai.**, II, 10. **Ulpian.**, XIX, 7.
(67) Arg. **Vat. Frag.**, 47. **Ulpian.**, I, 16,

vivos adoperando la *traditio*, l' *acceptilatio* o la *remissio* del debito col *pactum de non petendo* (68), obbligarsi infine in convenzioni d' ogni natura (69) e rimanere obbligati pei quasi-contratti.

Anche in questo campo vastissimo, sebbene in più piccole proporzioni, le regole dell' ius gentium non disciplinavano tutto, e qua e là si scorgono grandi lacune. Nessuna norma ad esempio si trova che regoli la capacità a contrattare, capacità che intanto viene riconosciuta. Ma oltre a ciò (ed è questo il più importante e di un valore decisivo con l' affermazione del Laurent che i Romani sconoscessero la personalità del diritto) le fonti menzionano molti diritti goduti effettivamente dai peregrini in Roma secondo la propria legge, riguardanti istituti di cui non è parola nell' ius gentium.

Gaio ci dice che il peregrino ha la *patria potestas* sui suoi figliuoli i quali sono *justi patris filii*, ma diversa da quella romana, eccetto i Galati che ne avevano una simile (70). Cicerone ci dà un esempio di adozione fatta *Patrensibus legibus* (71). Riguardo alla tutela e alla curatela Gaio (72) afferma che i peregrini l' avessero secondo le proprie leggi, in quanto non poteva venire regolata dal diritto romano.

In tutti questi casi si ha che la legge peregrina si applicava a Roma mediatamente, in quanto che trattandosi ad esempio di patria potestà nascente dal matrimonio di due Galati, o dall' adozione tra stranieri secondo la legge straniera, il pretore dovea riconoscere gli effetti, venendo così a riconoscere il diritto peregrino e la sua *vis* nel territorio romano, tacendo l' ius gentium in proposito. Altri casi di applicazione di legge peregrina si hanno nella manomissione degli schiavi e nella *testamentificatio*. La legislazione

(68) **Vat. Frag.**, 259.

(69) **Dig.** 48, 22, 15. *pr.*

(70) **Gai.**, I, 77.

(71) **Cic.**, *Epist.*, *ad famil.*, XIII, 3.

(72) **Gai.**, 189, 197.

romana nulla disponeva riguardo il peregrino, poichè le sue norme sul *ius patronatus* e sulla manomissione, si applicavano ai soli *cives*. Ma il peregrino potea affrancare il proprio schiavo secondo la propria legge. Esempi se ne hanno nelle fonti. Il De Boeck ne riporta una compita secondo la legge ebrea. (73) Plinio il Giovane si riferisce ad una simile manomissione fatta secondo la legge Egiziana: *Harpocrati Iahaliptae suo manumisso a peregrina Termithi Theonis Aegiptio* » (74).

Ma anche a prescindere da queste prove dirette, si può indirettamente ricavare che il peregrino poteva manomettere in Roma *secundum legem peregrinam.* Ed ecco come: la manomissio fatta dallo straniero in Roma produceva una libertà di fatto come quella compiuta da *cives* senza le forme solenni. Lo schiavo acquistava il dominio bonitario su di sè (75) divenendo latino, e una legge Junia Norbana proibiva che il padrone, il quale conservava il diritto *ex iure Quiritium* sullo schiavo, potesse obbligarlo a servire. Ma se il padrone era peregrino? Le fonti rispondono a questa domanda: *Peregrinus manomissor non potest ad latinitatem perducere quia lex Iunia quae latinorum genus introduxit non pertinet ad peregrinos sic et Octavenus probat. Praetor tamen vel proconsul non permittet manumissum servire nisi aliter* lege peregrina *caveatur;* a meno che cioè la legge straniera non disponga che lo schiavo manomesso senza le forme solenni necessarie a pena di nullità possa servire.

In quanto alla *testamentifactio* Ulpiano ci dice (76) che il peregrino non può testare come il cittadino romano, ma lo può *secundum leges suae civitatis*, se appartiene ad una civitas determinata, che gli accordi tal diritto e ne prescrive le regole per

(73) *C. I. Gr.*, II, p. 1005, n. 2114 b.

(74) **Plin.,** *ep.* X, 4.

(75) **Serafini,** *Istituzioni* b, vol. I. pag. 126 e segg.

(76) **Ulpian.**, XX, 14.

attuarlo. Un caso di applicazione lo si trova nel Codice (77) di cui ci occuperemo in seguito.

Per quello poi che riguarda istituti giuridici nuovi non contemplati nè nell'ius gentium nè nell'ius civile si applicava la legge peregrina. Molti testi lo provano, accennando a contratti conchiusi tra peregrini e *cives* rivestiti sotto la forma di *singraphae* o di ipoteche costituite da stranieri a favore di Romani.

Cicerone ci dice (78) di un prestito fatto da Scaptius e Matinius agli abitanti di Salamina per mezzo di una singrafe; di un altro concluso da un certo Sistio a certi individui dipendenti dalla giurisdizione Ciliciana. Ci mostra pure il caso di un prestito che Cluvio *civis romanus* aveva fatto ad un cittadino di Caria, garantito coll'ipoteca di un fondo situato ad Alabanda (79) e non dubitá punto sulla validità dell'ipoteca; ciò presuppone l'applicazione a Roma della legge peregrina.

Da tutte queste prove addotte risulta chiaro che una *lex peregrina* venne applicata a Roma. Ma la conferma più solenne, la smentita più recisa alla teoria del Laurent si ha in queste altre che seguono, dalle quali si scorge, come non solo si riconobbe dai Romani la personalità del diritto, in quanto si permise per necessità al diritto straniero una *vis* in Roma, essendo l'*ius gentium* insufficente a disciplinare tutti i diritti concessi ai peregrini, ma che lo si applicò anche in quei rapporti giuridici pei quali l'ius gentium dettava norme e regole, quantunque (e questo mi sembra decisivo) delle volte fosse contrario all'ius gentium, diritto positivo e territoriale imperante su tutti i *cives*.

E le fonti stanno colla loro indiscutibile autorità a confortare la mia tesi.

(77) **Cod.**, VI, 23, 9.

(78) **Cic.**, *Ad Attic.*, VI, 21, 16.

(79) **Cic.**, *Ad Famil.*, XIII, 56.

Infatti Gaio accanto al matrimonio iuris gentium parla di un *matrimonium secundum leges moresque peregrinum* (80) disciplinato da leggi diverse e producente effetti diversi. Il primo infatti fa nascere dei figli che seguono le condizioni della madre e non produce patria potestà, mentre pel secondo i figli seguono la condizione del padre (81) il quale ha la patria potestà (82).

Ora domando io perchè distinguere queste due specie di matrimonio?

Secondo l' opinione del Laurent tale distinzione dovrebbe essere inesplicabile dal momento che egli dice che l' ius gentium era il solo diritto applicabile dal pretore peregrino. Invece a me pare come la ragione del distinguere ci sia e consista in questo: che ogni qualvolta vi era un matrimonio tra *cives*, o tra *cives* e *peregrini cum connubio*, o tra i membri di una medesima civitas libera, o di una medesima provincia si applicava l' ius civile Quiritium o l' ius civile peregrinorum. In tutti gli altri casi l' ius gentium (83).

Riguardo poi all' applicazione della legge straniera anche quando questa fosse contraria alla romana, sia civile che dell' ius gentium, un frammento d' ignoto autore (84) già citato, ci lascia detto che quantunque la legge Iunia Norbana stabiliva che lo schiavo manomesso senza forme solenni dovessi rimanere libero, pure lo schiavo manomesso dal peregrino non potea sempre invocare tale beneficio, e il pretore non poteva accordarglielo se non in quei casi in cui la *lex peregrina* lo avesse disposto.

Altri esempi si trovano in Gaio. Il giuramento poteva essere fonte di obbligazione in diritto romano nel solo caso della *jurata*

(80) **Gai.**, I, 92.

(81) **Gai.**, I, 92.

(82) **Gai.**, I, 55.

(83) A queste mie conclusioni viene pure il **De Boeck**, *Le preteur peregrin*, pag. 141 e lo **Chénon**, monog. cit., pag. 11 dell' Estratto.

(84) **Fragm. Dosit.**, *Collectio*, II, 155.

operarum promissio fatta dal liberto al patrono.. Ora, supposto che in Roma un peregrino si fosse obbligato coll'*jusjurandum* per un'altra causa, sia verso un peregrino, sia verso un romano il pretore come dovea decidere? Doveva rigettare sen'altro la domanda dell'attore? No: *apud peregrinos* dice Gaio (85) *quid iuris sit, singularum civitatium jura requirentes aliud intellegere poterimus.* Nel caso poi del *fidepromissor* si ha finalmente un'ultima conferma. L'obbligo nascente dalla fideiussione in diritto romano non passa agli eredi, ma nel diritto peregrino ciò avveniva: quindi se un romano aveva ricevuto da un peregrino la fidepromissio per un'obbligazione, morto il fideiussore, poteva il creditore romano, inadempiuta l'obbligazione pretendere dinanzi al pretore la condanna degli eredi di quello? Gaio non esita punto ad affermarlo: *praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi de peregrino fidepromissore quaeremus, et alio iure civitas eius utatur. Fidejussoris autem etiam heres tenetur* (86).

IV. Assolutamente contraria a quella del Laurent è la teoria del Savigny, perchè mentre il primo nega dommaticamente la personalità del diritto, il secondo ne è il sostenitore il più serio. Egli espone le sue idee in proposito nelle prime pagine del vol. VIII del suo *Sistema di diritto romano attuale.* Bisogna notare che in lui non si trovano le parole che indicano la personalità del diritto, ma si trovano invece i principii che a questa si riferiscono e che autorizzano a chiamare Savigny il seguace di quel principio. Così egli lo formula sotto due punti di vista che si presentano come la regola e l'eccezione.

(85) **Gai.**, III, 90.
(86) **Gai.**, III, 120.

1) La cittadinanza in una data città di regola determina per ogni individuo il diritto positivo a cui è personalmente subordinato, secondo il quale deve essere giudicato.

Il sudetto principio e basato su alcuni passi di Gaio, di Ulpiano e di Gellio (87).

2) In un rapporto contrattuale fra due cittadini di Stati diversi non si può opporre a nessuna delle parti la legge meramente positiva dello Stato ad esse straniera: debbono piuttosto giudicarsi secondo l' *ius gentium*. Tuttavia in alcuni casi può esser prescritto il contrario per motivi politici.

Tale eccezione si fonda su un testo di Livio e di Gaio (XXXV, 7) (I, 92):

Savigny indica ancora cosa bisogna intendere per legge della città peregrina, legge personale del peregrino e svolge magistralmente la teorica dell' *origo* è del *domicilium*.

Questa in breve la teoria del sommo giureconsulto alemanno, la quale si distacca completamente da quella del Laurent, poichè questa nega ai Romani ogni conoscenza di personalità di diritto a quella l' afferma senza restrizione. Hanno però un punto di contatto ed è quello di arrivo il negare cioè la possibilità di ogni conflitto di leggi, in quanto che Savigny non ammette che vi possa essere in Roma opposizione tra diversi diritti personali di stranieri appartenenti a Stati diversi, poichè in simili casi si applicava l' *ius gentium*, derogandovi solo per motivi speciali.

Questa teoria del Savigny si presta però delle critiche le quali vennero fatte da alcuni scrittori e precisamente dal Voigt e dal Baron ma in senso diverso. Invero essa stabilendo l'assoluta sovranità personale del diritto peregrino, date alcune eccezioni, e l'asso-

(87) **Gai.**, III, 120, 121. **Ulpian.**, XX, 14. **Gell.**, *Noct. Att.*, IV. 4, A questi argomenti il **Baron**, mon. cit., pag. 8, aggiunge un passo di Gaio (III, 134) e la disposizione delle XII Tavole « *Adversus hostes aeterna auctoritas esto* ».

luta sovranità territoriale dell' *ius gentium* esagera molto, poichè viene a collocare il diritto peregrino accanto all' *ius civile*, mentre pel Voigt quello ha una sovranità variabile a secondo la natura dei rapporti giuridici che si presentavono (88). Il Baron invece respinge l'eccezione del Savigny al principio della personalità del diritto e afferma quest' ultima in tutta la estensione. Fa infatti un caso pratico per dimostrarne la inesattezza. Secondo il diritto romano la fideiussione non si trasmette all' erede il quale quindi non può essere obbligato: pel diritto peregrino di certi Stati tale trasmissibilità era espressamente sancita. Si supponga un creditore peregrino e un fideiussore romano: vuole in questo caso il Savigny asserire che l' erede romano perchè gli sta di fronte un creditore peregrino il cui diritto ha ritenuto il principio dell' ius gentium non può a questo opporre le disposizioni positive dell' ius civile sulla intrasmissibilità della fidepromissio? (89). E altri casi simili fa il Baron dai quali chiaro apparisce l' inapplicabilità dell' eccezione del Savigny.

V. Voigt nella sua dottissima opera sull' *ius naturale* ecc. ricostruisce una teoria sul diritto internazionale dei Romani che tenta, e a mio parere riesce, spiegare in modo soddisfacente le varie questioni che in proposito sono sorte.

Un primo esame egli istituisce per determinare quale era la sovranità del diritto romano, che trova essere stata personale, o nazionale che voglia dirsi, in quanto che potevano solo invocarlo soltanto i *cives* ed entro certi limiti quei peregrini ammessi al commercio e al connubio. Accanto a questa sovranità personale se ne dirizza un' altra territoriale quella dell' *ius gentium*, sorto per le relazioni commerciali, e le cui regole si applicavano ai peregrini sul

(88) **Voigt.**, *Ius natur.*, vol. IV, 176 e segg. (Beilage 12, § 81). e vol. II, pag. 698, 761.

(89) **Baron**, m. c., pag. 11.

territorio romano. Però dal momento che lo straniero, come risulta dalle fonti, poteva invocare in Roma anche il proprio diritto nell'esplicazione della sua attività giuridica, il Voigt esamina la sovranità del diritto peregrino secondo i varii rapporti giuridici che potevano sul territorio romano esser posti in essere dello straniero. In questa ricerca egli viene e delle conclusioni che io riporto sfrondate da quell'enorme corredo di erudizione che accompagna sempre ogni lavoro del giureconsulto tedesco (90).

Secondo il Voigt la legge peregrina non si applicava sussidiariamente all' *ius gentium*, ma indipendentemente da questo e a seconda i varii rapporti di diritto. Infatti nel diritto di famiglia e di successione la lex peregrina ha una sovranità causale, cioè che in tali casi è la lex del soggetto determinante il rapporto giuridico quella che si applica. Relativamente allo stato delle persone, alla tutela, alla curatela, il diritto peregrino ha una sovranità personale, principio stabilito chiaramente nelle fonti. Nelle relazioni infine nascenti dal commercio e dall'*actio* (sotto questa parola il Voigt comprende specialmente i delitti) egli dice che la legge degli interessati ha una sovranità territoriale, poichè il diritto territoriale dei peregrini doveva invocarsi per disciplinarle. Così egli formula il suo pensiero: in quel territorio in cui è stato conchiuso un contratto o in quel luogo in cui un diritto è stato violato, l'ius territoriale di questo luogo determina non solo la giurisdizione e la procedura, ma anche il diritto materiale, quindi gli effetti del contratto e gli obblighi di chi ha violato un diritto.

Sarebbe molto lunga un'accurata critica dei motivi che hanno determinato il Voigt a venire a questi risultati. Accenno soltanto le prove addotte a confermare tali deduzioni: 1° Il trattato del 245 con Cartagine e precisamente l'art. IV, in cui si dice che i Romani in Cartagine e in Sicilia ἴσα ἔστω τὰ Ῥωμαίων πάντα. 2°

(90) **Voigt,** op. cit., vol. II, § 26-27, vol. IV; pag. 320 e seg.

L'art. 7 del trattato con lo stesso popolo da cui risulta che Romani e Cartaginesi a Cartagine e in Sicilia e a Roma erano perfettamente ed egualmente capaci a comprare e a vendere. 3° La lega del 261 dei Latini colla quale tra l'altro si stabiliva la procedura da seguirsi nelle contestazioni, disponendosi appunto che il giudice competente era quello del paese in cui l'affare fu conchiuso. 4° La definizione che ci da Festo dei *municipes* la cui presenza nel territorio romano dava loro dei diritti, esclusi soltanto quelli *suffragii et honorum*, e perciò il *connubium*, il *commercium* e la corrispondeute *actio*. Oltre a questi argomenti il Voigt esamina alcuni frammenti del digesto dai quali scaturirebbe chiara la prova del suo assunto. Dal Baron (91) e da altri fu detto che le fonti citate dal Voigt parlano di competenza e di legge processuale non di diritto materiale, e quindi non provano nulla. Io non posso qui esaminare tanto gli uni che gli altri argomenti della critica: è certo che non tutti i testi sui quali Voigt si appoggia hanno un valore sempre indiscutibile. Ma a me sembra che l'accusa maggiore che gli vien mossa, che le sue conclusioni vadano al di là, in quanto non trovano un riscontro esatto nelle fonti, e quindi abbiano parecchio di arbitrario, sia esagerata. Certamente nelle fonti non si hanno delle regole formulate astrattamente e quindi principii comprensivi, ma casi speciali e norme ad esse riferentesi. Il lavoro quindi di chi vuol rintracciare norme di diritto internazionale per poi poter ricostruire questo nelle sue grandi linee è abbastanza difficile: è la natura stessa della materia che impone a volte di colmare delle lacune anche con qualche induzione, che confesso anche io, può non trovare esatto riscontro nelle fonti, ma ciò non toglie che non possa esser vera, e per ciò stesso dirla fantastica.

Dichiaro fin d'ora che io accetto la teoria del Voigt nelle sue linee fondamentali, poichè mi pare che spieghi soddisfacentemente

(91) **Baron,** *mon. cit.*, pag. 18-22.

le questioni che in proposito si fanno. Nel sistema del Voigt, la legge peregrina non risultando applicata sussidiariamente all' *ius gentium*, ma potendo essere invocata secondo la natura del rapporto giuridico, ne viene di conseguenza che un conflitto poteva succedere. Ma di ciò a suo tempo.

VI. Esposte sommariamente le varie teorie ed opinioni sul-l'esistenza e sul contenuto di un diritto internazionale privato in Roma, è necessario, per esser fedele al metodo propostomi, porre il problema nei suoi veri termini, per risolverlo da me, seguendo una via diversa da quella tenuta dagli accennati autori. E ciò è tanto più necessario, in quanto anche quelli che lo hanno ammesso si sono semplicemente contentati di constatarne l'esistenza indirettamente, rilevandone cioè la possibilità dalle condizioni legislative dell'epoca, e dall'esame di alcune norme giuridiche che rientrano sicuramente nel suo campo essendo escluse dal dominio di altri diritti.

Ma, come ognuno vede, ciò non basta. A rigore la via da tenersi deve essere un'altra, sia che voglia negarsi l'esistenza di un diritto internazionale privato a Roma, sia che voglia ammettersi.

Ripeto qui ciò che scrissi altrove. Non si tratta di stabilire a priori le condizioni essenziali perchè vi sia un diritto internazionale privato come oggi si concepisce, per poi vedere se queste esistessero a Roma, o affermare che esso si ebbe in quanto si trovano alcune norme che nel suo campo possono benissimo rientrare. No: così si viene a spostare la questione, ma non si risolve. Poichè quand'anche dommaticamente, come ha fatto il Laurent, si sia potuto dimostrare che tali condizioni non esistettero a Roma nè di fatto, nè di diritto, o che invece si provi che nelle fonti vi sono norme di diritto internazionale privato, si ripresenta irresoluto il problema: tutto quel complesso di regole che disciplinavano le relazioni private degli stranieri coi Romani, estrinsecate nei *foe-*

dera, negli *hospitia*, nell'*edictum* del pretore peregrino, nei *senatusconsulta* che portata e che fondamento hanno?

Rivestono tali caratteri da poter formare l'oggetto di un diritto internazionale privato?

Ecco, secondo me, il nodo della questione. Il Laurent, il Savigny, lo stesso Voigt e tutti gli altri non hanno risposto soddisfacentemente a quest'ultimo quesito.

Il problema quindi va posto nel seguente modo.

Perchè una regola possa dirsi di diritto internazionale privato, deve necessariamente soddisfare a due condizioni essenziali:

1°) applicarsi a regolare la capacità giuridica di individui stranieri in quanto sono sottoposti ad un diritto speciale qnali membri di una determinata *civitas* e a cui si riconosce una personalità giuridica in rapporto al diritto territoriale dello Stato in cui si trovano.

2°) avere un contenuto ed un fondamento giuridico.

Ora quelle regole delle quali Roma si serviva per disciplinare le relazioni private dei suoi *cives* coi cittadini degli altri Stati, o tra questi nel suo territorio, soddisfano a queste condizioni?

Bisogna quindi anzitutto vedere chi in Roma dovea considerarsi straniero nei vari periodi della sua storia, se fu ad esso riconosciuta una personalità giuridica regolata da leggi e diritti particolari differenti, e se gli venne tutelata nella sua pratica esplicazione.

Solo allora, dopo aver risoluto tale problema parte a parte, può parlarsi di un diritto internazionale privato.

Capitolo V.

Le regole che Roma adoperava per disciplinare i suoi rapporti esterni di diritto privato hanno portata internazionale e contenuto e fondamento giuridico.

. Chi fu straniero a Roma nei vari periodi della storia. II. Se fu ad esso riconosciuta una personalità e una capacità giuridica. III. Le regole che disciplinavano tale capacità hanno contenuto e fondamento giuridico.

I. Perchè possa risolvere il problema propostomi in questo capitolo e dimostrare la portata internazionale di quelle regole a cui comunemente si nega è indispensabile stabilire chi fosse pei Romani *straniero.*

Infatti non è questo un concetto che si mantiene costante nella storia di Roma; varia col variare dei tempi, assumendo diverso nome e diverso contenuto, cosicchè è estremamente difficile stabilirne con sicurezza tutti i caratteri in astratto, senza riferirsi ad una determinata epoca. Ed una prova si ha in ciò: oggi parlando di straniero ai sensi del diritto internazionale privato, s' intende subito chi appartiene politicamente ad un altro Stato. Così non era in Roma, dove si poteva essere suddito dello Stato romano e straniero di fronte all' *ius civile*, in quanto si fosse sottoposti ad un diritto proprio particolare: oggi il carattere essenziale dell' estraneità deriva quasi unicamente dalla sudditanza politica, mentre a Roma ciò non avvenne solo che nel periodo più antico e ne-

gli ultimi tempi dell'impero. Tutto il tempo che corre fra questo punto di partenza e quello della fine della storia di Roma abbonda di gradazioni e di significati diversi della parola straniero.

Ne traccio quindi la storica evoluzione.

In una prima epoca, che è impossibile determinare dove finisca precisamente, ma anteriore sempre al quinto secolo, straniero era chi non appartenesse come membro allo Stato romano, ma ad altri Stati sovrani, sia essi in relazione o no con Roma. Si chiamava *hostis* (1) parola che significa *par*, *egalis* (2). Lo straniero nemico si diceva *perduellis* (3).

Più tardi il significato delle parole *hostis* e *perduellis* cambiò: questa assunse un carattere delittuoso ed indicò il nemico interno (4) quella lo straniero nemico (5): lo straniero semplicemente si chiamò *peregrinus*.

(1) **Varr.**, *l. l.*, V. 5: « *Multa verba aliud nunc ostendunt aliud ante significabant ut hostis: nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur.* » **Cic.**, *De off.*, I, 12: « *Hostis apud maiores nostros is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus*...: *indicant duodecim tabulae:* aut status dies cum hoste. *Itemque* adversus hostem aeterna auctoritas esto. » In **Plauto** si riscontra ancora la parola *hostis* opposta a *civis*. *Trinum*, I, 2, 65; *Rudens*, II, 4, 21. **Mommsen**, *Röm. Forsch.*, I, 326 e seg.

(2) **Festo** s. v. *status die* dice: « *peregrini ab antiquis hostes appellabantur quod erant pari iure cum populo romano atque hostire ponebantur pro aequare* ».

(3) **Gaius**, fr. 234, L, 16: « *Quos nos hostes appellamus eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem indicantes cum quibus bellum esset.* »

(4) **Ulpianus** fr. 11, XLVIII, 4: « *Qui perduellionis reus est hostili animo adversus rempublicam vel principem*... »

(5) **Varr.**, *l. l.*, V, 5 aggiunge: « ...*nunc dicunt eum hostem quem tum dicebant perduellem.* » **Cic.**, *De off.*, I, 12: « *Equidem illud etiam animadverto quod qui proprio nomine perduellis esset, is hostis voceretur, lenitate verbi tristitiam rei mitigatam*... *Quid ad hanc mansuetudinem addi potest? eum qui cum bello geris tam molli nomine appellari? quamquam id nomen durius iam efficit vetustas a peregrino enim iam recessit, et proprie in eo qui ferret arma contra remansit.* »

È da notare però che mentre *hostis* prima dicevasi chi appartenesse solo ad uno Stato sovrano, sia in relazione o no con Roma, *peregrinus* conservò tale significato solo sino a un certo tempo (6), passando poi ad indicare lo straniero di quello Stato, sia indipendente che soggetto, con cui Roma fosse in relazione (7).

Da questa rapida esposizione dei vari nomi dati nei diversi tempi allo straniero in Roma si possono ricavare le seguenti conclusioni. L' hostis del primo significato e il peregrinus fino ad una certa epoca, indicarono solamente il carattere di sudditanza politica ad uno Stato indipendente con cui, *pari iure cum populo romano*, si poteva essere o no in relazione, ma non in guerra. L' estraneità era duplice: politica e giuridica. Poi la voce peregrinus assunse più particolarmente il secondo significato di estraneità giuridica, e passò ad indicare chi era soggetto ad una civitas, che non è la civitas romana, la cui personalità civile si distingue nettamente, sottoposto ad un particolare *ius civile* dal quale viene tutelato completamente. In processo di tempo e solo dopo la *lex Antonina*, che concesse la cittadinanza a tutti i cittadini dell' impero, peregrinus piglia un significato locale, perdendo del tutto quello politico e internazionale e indica l' abitante dell' impero in contrapposto dell' abitante della capitale (8).

Fu soltanto più tardi che il concetto di estraneità venne a modificarsi. Sparito del tutto l' originario carattere di una diversa sud-

(6) **Voigt,** op. cit.. vol. IV, pag. 107-10.

(7) Ciò può dedursi da **Varrone,** il quale dice (*l. l.*, V, 33): « *Ut nostri augures publici disserunt agrorum sunt genera quinque: Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus.* » Questa distinzione tra *ager peregrinus* e *hosticus* dimostra che per peregrino si intendeva uno straniero di un popolo con cui Roma era in relazione per lo meno d' *amicitia*. L'aggettivo *hosticus* indica in questo caso tutto il territorio di uno Stato col quale Roma era invece o in guerra o senza relazione alcuna. Si cfr. **Dig.,** XLIX, 15, 5 § 1 e **Voigt,** op. cit., IV, Beil. XI, pag. 40, 67.

(8) **Catellani,** op. cit., vol. I, pag. 137. **Voigt,** op. cit., vol. IV, pag. 62.

ditanza politica sottentrò quello di estraneità solo di fronte all'*ius civile*. Fu possibile dunque concepire una categoria di individui che, come dice il Catellani, potrebbbe chiamarsi dei *meteci*, enuto conto della loro condizione, che lo Stato contava trai sudditi, ma non trai cittadini (9).

Nè ciò basta. Sotto l'influsso gigante della nuova religione un'altra estraneità venne a collocarsi accanto a quest'ultima: poichè prima di Costantino i Cristiani, e dopo gli Ebrei e gli apostati con apposite ordinanze vennero considerati come veri e propri stranieri.

Posto ciò è estramemente difficile fissare il carattere comune dei diversi contenuti della parola straniero. Un'idea poi unica della loro condizione giuridica non è nemmeno possibile stabilire, poichè e nelle varie epoche e nella stessa epoca, l'estraneità non è uguale per tutti, assumendo essa varie gradazioni proporzionatamente alla varia quantità di riconoscimento di capacità giuridica che Roma loro attribuiva per convenzioni o per leggi o per consuetudini. Ciò che viene luminosamente provato delle diverse categorie di peregrini che le fonti menzionano. I Latini infatti, pur essendo peregrini, ebbero maggiori privilegi che gli altri stranieri, e tra essi i Prisci latini ne ebbero di più che dei posteriori. Così pure riguardo ai liberi popoli, quelli cioè *nullius alia potestate subiecti* e gli *amici*, che furono meglio trattati, rispetto a quelli che con Roma non ebbero relazione.

Premesso tutto questo, a me pare accettabile d'idea del Mommsen che comprende nel concetto di *peregrinus*, dal punto di vista della competenza del pretore peregrino, tutte quelle persone prive dell'*ius civitatis*, ma che potevano agire innanzi al tribunale romano. Capisco anch'io la critica che gli vien mossa per essere un poco vaga, ma d'altro canto bisogna tener presente che essa comprende tutte quante le molteplici e svariate categorie dei peregrini

(9) **Catellani,** op. cit., vol. I, pag. 137.

che altrimenti non potrebbero abbracciarsi, come sarebbe ad esempio quella formata da coloro che per diversi motivi la legge metteva nelle condizioni di stranieri di fronte al diritto civile, senza che avessero una vera estraneità politica. In questo senso può dirsi straniera la plebe perchè non venne pareggiata nei diritti ai *Quirites* e il *Latinus Iunianus* e il *civis* colpito dalla *capitis diminutio maxima.* Mi affretto però a dire che essa è troppo ampia ai sensi del diritto internazionale privato, comprendendo delle categorie di stranieri che sfuggono all' argomento da me trattato, in quanto le norme giuridiche speciali che ad essi si applicavano non mi sembrano potere appartenere, e per il loro carattere e per il loro contenuto e fondamento, al campo di un diritto internazionale. Allo scopo del mio studio quindi, io mi riferisco solo allo straniero in quanto essendo sottoposto a un determinato e speciale diritto di una certa civitas, è in opposizione al civis romanus quale soggetto dell' *ius civile Quiritium*, e, per non ingenerare confusione, lo chiamo *peregrinus,* intendendo anche per comodità con questa parola l' *hostis* nel suo primitivo significato.

Restano quindi esclusi da questo studio i peregrini dediticii e e i peregrini non appartenenti ad alcuna certa civitas. E ciò è logico: i dediticii resisi a discrezione non avevano quasi alcun diritto proprio, ma quello che da Roma veniva loro concesso: gli *ἀπόλιδες* poi, secondo l' espressione di Marciano, o peregrini *sine civitate*, non potevano prevalersi di alcun diritto nazionale perchè *nullius certa civitatis cives.*

II. Stabilito così chi fosse straniero dal punto del diritto internazionale privato nei vari periodi della storia di Roma, bisogna vedere se l'affermazione dommatica, che dice il peregrino non essere riconosciuto in Roma come *subiectum juris,* abbia un saldo fondamento.

Da quanto ho detto sulla coesistenza giuridica di Stati sovrani

ed autonomi si ricava come essi avessero un proprio e particolare ius civile alle cui regole erano sottoposti tutti i loro membri.

L' efficacia però di questi diritti diversi era rigorosamente limitata nello spazio, e cioè al territorio spettante a quello Stato dal cui potere sovrano essi emanavano, oltre al quale essi cessavano d'aver vigore. Ciò avveniva appunto nella antichità classica come regola generale. Ciascuno Stato esiste come organismo a sè e il suo potere si estende nel suo territorio: al di là era inconcepibile qualunque espansione. Avvenendo quindi che una persona sottoposta all' impero di un determinato ius civile usciva dal campo giuridico a cui apparteneva, ed entrava in un altro, quid juris in tal caso?

Per il Laurent e per parecchi altri si afferma che diventava *obiectum iuris* occupabile come *res nullius*. La prova sarebbe desunta dal celebre frammento di Pomponio: « *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus, amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt. Quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit et liber homo noster ab eis servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque casu igitur postliminium datum est.* »

E non solo, ma si cerca dare anche la spiegazione del perchè Roma non potea conoscere la personalità giuridica dello straniero.

Dicono che il mondo antico non conosceva e non concepiva alcun diritto se non in correlazione ad un determinato Stato: le persone ad esso pertinenti solo da lui, ripetevano e solo in lui potevano realizzare la loro personalità giuridica. E a confermare tale affermazione si invoca l'*aeterna autoritas adversus hostem* delle XII Tavole.

A parte dell' inopportunità di questa citazione ultima che significa una cosa tutt' affatto differente da quello che si vuol riprovare, io osservo come il loro ragionamento presenta un errore fondamentale storico.

Nulla di più erroneo, secondo me, che considerare il diritto come una creazione dello Stato. Storicamente, dice il Cuq (10), niente di più inesatto, e per convincersene basta guardare come lo Stato è intervenuto nella formazione del diritto privato romano. Si è ritenuto quello come fonte del diritto perchè si è visto che questo veniva dallo Stato tutelato; da un tale concetto a quello che il diritto non esistesse che per volontà dello Stato non ci è che un passo e fu fatto.

Nello Stato l'individuo ripete solo le garanzie giuridiche per l'esplicazione della sua personalità, ma non questa. Ed è quindi inesatto dire che varcando i suoi confini il *subiectum iuris* diventi *obiectum iuris*. Che anzi le fonti dimostrano il contrario. Roma riconobbe sempre nello straniero una personalità giuridica, perchè quale membro di uno Stato era sottoposto ad un particolare ius civile, ma non gli venne *giuridicamente* tutelata, specialmente in certi tempi, nella sua pratica esplicazione, senza determinate condizioni. E il citato frammento di Pomponio dice appunto questo, non già che chi cadeva in mano di popoli non nemici, ma nemmeno in legame di amicizia di *hospitium* o di *foedus* diventasse schiavo. Questo non avvenne mai; ma non potendosi pretendere giuridicamente da uno Stato che le sue leggi imperassero oltre i confini del suo territorio, i suoi sudditi erano considerati *astrattamente* come schiavi, nel senso che non potevano invocare la protezione del loro diritto. Roma riconobbe, anche materialmente schiavo, che il civis conservava la sua personalità giuridica per nulla menomata da uno stato di fatto, potenzialmente se vogliamo, per ripigliarla poi in via concreta col *postliminium*, per il quale *qui captus est semper in civitate est*, i suoi *iura* essendo semplicemente *suspensa* (11).

(10) **Cuq**, *Les institutions juridiques des Romains*, pag. 101.

(11) **Inst.**, I, 12, § 5. Cfr. **Voigt**, op. cit., vol. II, pag. 42 e pag. 90 e seguenti.

Non altro significano le parole di Pomponio esaminate spassionatamente e senza preconcetti. In quanto poi all'*aeterna autoritas adversus hostem* come prova addotta contro la mia conclusione osservo appunto che è citata a sproposito e contro gli stessi argomenti degli autori contrari, i quali così si danno, mi si permetta l'espressione volgare, la zappa sopra i propri piedi.

Auctoritas significa appunto in quella legge garanzia giuridica biennale per le cose possedute da chi non era nè ladro nè straniero; perpetui contro questi ultimi. Così interpetrano il Salmasius, il Walter, il Mommsen, il Baron, il Voigt, il Fadda, l'Unterholtzner e molti altri.

Posto ciò è naturale che essa presupponga necessariamente una relazione giuridica di Roma con il popolo cui lo straniero appartenesse: perchè è assurdo l'ammettere che tale garanzia esistesse in astratto non concependosi altrimenti di che difesa giuridica si trattasse (12).

(12) Sul significato di questa disposizione le opinioni degli scrittori sono discordi. Però i più sono per interpetrarla nel senso che la *res* del peregrino non può essere usucapita e che perciò questi può in ogni tempo rivendicarla, ed in questo caso il venditore romano è obbligato eternamente al compratore romano a prestare l'*auctoritas*. Obbiezioni si mossero a tale interpetrazione. Ma non hanno serio valore. Si veda **Baron,** *Peregrinenrecht und ius gentium* pag. 8 e seg., che li combatte egregiamente con l'appoggio di testi indiscutibili. L'altra interpretazione è quella che dice che un peregrino il quale ha comprato una res romana non potendola usucapire è eternamente sottoposto alla reivindicatio da parte del proprietario e quindi può richiedere eternamente dal suo venditore la prestazione dell'*auctoritas*. Però come ben dice il **Baron,** l. c., pag. 10, a quest'opinione mancano i requisiti logici e giuridici: « dieser Erklärung gebricht es nicht bloss an sprachlichen, sondern auch an juristischen Erfordernissen. An sprachlichen: denn sie nimmt die Worte adversus hostem in dem Sinne von circa hostem; an juristichen: denn sie lässt umberücksichtigt, dass die actio auctoritatis eine Mancipation vorraussetzt, und deshalb nur von Demjenigen angestellt werden kann, welchem etwas mancipirt worden ist, einem Peregrinen aber kann nichts mancipirt werden ». E più recentemente **H. Pflüger,** *Die legis act. sacr.*, Leipzig, 1898, pag. 64, n. 121.

Nè mi si può obbiettare ritornando alla questione principale che la mia affermazione è dommatica perchè nelle fonti non si trova alcuna traccia in contrario. Nemmeno lontanamente si può desumere che lo straniero in Roma venne trattato come *res nullius*. Che anzi le parti provano luminosamente come esso vivesse in ogni tempo libero di fatto, ed esplicasse la capacità d' agire tutelata dalle consuetudini prima e dal diritto poi (13). Cicerone lo dice esplicitamente (14); indirettamente poi si ricava dalle ripetute espulsioni forzate di stranieri che la repubblica romana era costretta a fare di quando in quando. Ora se il peregrino che veniva a Roma fosse trattato nel modo che si afferma come spiegare questa enorme quantità di stranieri che in ogni tempo si agglomera in Roma, tanto da da doverli espellere colla forza? (15).

Ma la più splendida delle prove, la più essenziale si ha in ciò che Roma permise l' esplicazione della capacità giuridica dello straniero, tutelandola sotto l' egida di un giudice: alludo allo istituto della *recuperatio*.

(13) Cito fra l' altro la formula con la quale s' invitavano gli stranieri che risiedevano a Roma a non intervenire alle feste dei cittadini romani: *hostis vinctus virgo exesto*. Essa prova che hostis in questo caso ha il significato di straniero appartenente ad un popolo che non era in relazione alcuna con Roma perchè altrimenti la clientela, l' hospitium il foedus permettevano di assistere alle feste religiose dei cittadini; inoltre, ciò che è importante, che egli stava in Roma libero.

(14) Cic., *De off.*, III, 11: « *Esse pro cive qui civis non sit rectum est l uere ..... usum vero urbis prohiberi peregrinis sane inhumanum est* I, 24: « *Peregrini autem et incolae officium est nihil praeter suum negotium agere, nihil de alieno iure inquirere minimeque in alieno esse republica concessum* ».

(15) Nell' anno 567 furono cacciati via per sicurezza 12000 latini che dimoravano a Roma fin dal 549; nel 688 per proposta del tribuno C. Papirio si ebbe il secondo esempio di espulsione collettiva allo scopo di mitigare la carestia dei cittadini.

E anzitutto rimuovo quell' obiezione che potrebbe sembrare pregiudiziale all' argomento: che cioè la *recuperatio* presupponesse necessariamente un *foedus* e che quindi quella capacità giuridica tutelata in quel modo agli stranieri fosse un' eccezione, esistendo in virtù di una convenzione « cum lex convenit » dice Elio Gallo (16). Io non lo nego, ma osservo che ciò non toglie menomamente valore al mio argomento, in quanto il trattato recuperatorio permette la persecuzione giuridica dei diritti nascenti dall' esplicazione di una capacità giuridica da parte dello straniero, come nei *foedera* si accorda l' *ius commercii.*

Null' altro che questo. Il riconoscerlo subiectum iuris è una cosa tutt' affatto differente. E bisogna notare che se nella lingua latina non si trova alcuna parola atta ad indicare i due termini di personalità e capacità ciò non vuol dire che non se ne avesse il concetto del rispettivo contenuto, che anzi una rigorosa differenza facevano tra l' uno e l' altro.

A dir la verità da tutte queste obbiezioni fatte all' esistenza di un diritto internazionale privato col negare recisamente allo straniero ogni personalità e capacità giuridica chiari appariscono due errori di cui uno accennai nel principio di queste pagine: il non distinguere cioè epoche da epoche, quasichè tutta la storia di Roma stesse racchiusa nel solo periodo dei re, e il non aver compreso esattamente lo spirito dello svolgimento del diritto romano in genere e la funzione che i trattati, intesa questa parola nel senso più ampio, per ciò che riguarda l' evoluzione dei rapporti esterni che io chiamo internazionali.

Io non nego che il carattere dominante delle antiche società sia l' esclusivismo e che la territorialità assoluta della legge nazionale fosse il principio comune. Nego però, e recisamente, che simile

(16) **Fest.:** « *Reciperatio est cum inter populos et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit quomodo per recuperatores reddantur res reciperenturque resque privatas inter se persequantur* ».

modo per così dire *negativo* di considerare i diritti dello straniero fosse il sistema seguito da Roma sempre e in tutte le sue estreme applicazioni.

Ho già fatto notare fin dalle prime pagine che l'esclusivismo romano fu più di forma e di nome che di contenuto, adducendone alcune prove evidenti, desumendole o direttamente dalle fonti o da un complesso di fatti indiscutibili ed eloquenti. Ma a prescindere da tutto questo, quello che non arrivo a comprendere è l'ultima obbiezione, il perchè il non potere lo straniero, almeno nei primi tempi, essere giuridicamente tutelato nella esplicazione della sua capacità in Roma indipendentemente da trattati, deponga contro l'esistenza di un diritto internazionale privato. Infatti supponendo che si possa, negando fatti, testimonianze e testi, dimostrare che senza trattati lo straniero non fu mai giuridicamente tutelato a Roma, rimane sempre a vedere quali principii si adoperarono per disciplinare la esplicazione della sua capacità d'agire, riconosciutagli per convenzione, quali limiti le si imposero e quali leggi regolarono i vari rapporti giuridici a cui esso poteva dar vita. Tale ricerca non rientra forse nel campo del diritto internazionale privato?

Secondo il mio parere il modo inesatto di intendere un tal diritto, come diretto unicamente a risolvere i conflitti di legislazione, ha contribuito ad avere simili conclusioni. Per me infatti che considero lo scopo del diritto internazionale privato tutt'altro che quello comunemente datogli, la norma astratta, e che con molta probabilità i Romani non conobbero mai, *nulla cum peregrinis necessitudo* rientra già nel campo di quel diritto, come il punto originario di partenza, avendone tutti i caratteri. Sarà una regola *negativa*, la quale però attesta già l'esistenza di un diritto internazionale privato e che si riferisce piuttosto alla maniera più o meno giusta impiegata a raggiungere lo scopo di quello, ma non depone certamente contro la sua esistenza. E parimenti l'affermano invece che negarla, come si sostiene da molti, tutte quelle multiformi eccezioni dirette a limitare progressivamente nel corso dei secoli quella tendenza

originaria di tutti i popoli antichi, di escludere cioè lo straniero da ogni protezione giuridica, formatosi o per consuetudine, sotto ineluttabili necessità della vita, nella quale si avevano necessariamente dei rapporti di fatto, o per convenzioni imposte dal bisogno sempre crescente ed imperioso, che una protezione si desse allo straniero e ai suoi averi, se non volevasi nuocere allo sviluppo medesimo di Roma

Ecco appunto la funzione che hanno avuto i trattati nella storia dei rapporti esterni sia pubblici che privati di Roma: funzione che variò a seconda le diverse epoche. Fu assoluta in principio abbracciando tutta quanta la vita giuridica dello straniero, più ristretta poi in quanto che dopo il VI secolo indipendentemente da trattati il *peregrinus* esplicò in Roma la sua completa attività giuridica garantita nel modo più ampio dai tribunali romani. Il dire che fanno alcuni autori che il famoso passo di Pomponio riassumente la condizione *negativa* dello straniero in Roma costituisce fino così tardi sempre la regola generale dell'esclusivismo, nonostante le numerose eccezioni ad essa apportate, ed implica per conseguenza la impossibilità di un diritto internazionale privato, mostra quanto essi hanno un concetto poco chiaro dello spirito che animò tutto lo svolgimento interno del diritto romano. Infatti pare sconoscano come giammai ad un principio si sostituì tutto d' un colpo un altro, ma lo si lasciava in vigore derogandovi, con tali e tante eccezioni che praticamente era abolito. E così quindi che può dirsi, senza tema di sbagliare, che la regola generale esisteva in astratto sempre quantunque nella vita reale le norme seguite fossero completamente differenti da quella. Una rapida occhiata alla storia degli istituti giuridici di Roma basta a convincere.

Lo stesso criterio deve tenersi presente per giudicare nel caso speciale proposto: i trattati quindi e in generale tutte quelle eccezioni dirette a temperare l'esclusismo romano debbono appunto per ciò considerarsi come le fonti del diritto internazionale privato e non già come vuolsi erroneamente sostenere, la prova della sua inesistenza.

Non voglio ancora dilungarmi su questo argomento giacchè mi pare abbastanza dimostrato che le regole adoperate da Roma nelle relazioni private cogli stranieri soddisfano ad una prima condizione essenziale per appartenere ad un diritto internazionale privato, cioè applicarsi a' soggetti a cui si riconosce una personalità giuridica in quanto essa risulta dall'essere sottoposti ad un particolare diritto civile e a cui si permetta l'esplicazione di una capacità giuridica. Resta ora a chiarire il secondo punto della questione posta in principio di questo capitolo.

III. Credo superfluo la dimostrazione che esse hanno una forma ed un contenuto giuridico. Nessuno, credo, potrà dubitare che la *recuperatio* non sia stato un istituto giuridico, in quanto le sue decisioni producevano effetti giuridici, o che le clausole inserite nei trattati riguardanti il *commercium* o il *connubium* non fossero regole di diritto.

Il punto piuttosto interessante è l'altro: Erano giuridici i motivi di esse? O meglio il loro fondamento era la coscienza giuridica internazionale, così assolutamente negata dal Fusinato?

Ripeto quello che ho detto altrove: bisogna distinguere epoche da epoche. Certo non si può asserire che questo complesso di regole giuridiche in quanto ai loro effetti, che erano adoperate da Roma nel disciplinare le relazioni publiche e private cogli altri Stati ripetessero la loro ragione d'essere in quella medesima giuridica internazionale dei nostri giorni, in quanto che è oggi fondata sulla necessità di una conciliazione tra tendenze particolari e individuali delle razze, raggruppate sotto forma di Stati e tendenza universale e cosmopolita degli uomini verso la comunità dei diritti (17).

Ma d'altro canto come si può negare che uno stato di necessità assoluta non fosse la ragione d'esistenza di quelle regole, in quanto ciascun popolo coesistendo con altri vi era sottomesso, riuscendogli impossibile l'emanciparsene?

(17) **Holtzendorff,** *op. cit.*, pag. 42.

I ripetuti trattati di commercio, i *foedera*, gli *hospitia*, le *amicitiae* non ne sono forse la conseguenza immediata?

E a questo proposito dice benissimo Holtzendorff (18) che ogni regola che la coscienza collettiva di un gruppo sociale qualunque, sia la famiglia, sia la tribù, sia la razza, ha finito per considerare come regola necessaria ai membri del gruppo nelle loro relazioni, è una regola giuridica positiva. Ma Roma non poteva chiudersi nell'isolamento. Se questo può in astratto concepirsi è impossibile trovarlo nella pratica. Nessuna muraglia cinese cinge lo stato romano e la tradizione e i fatti indiscutibili provano con una concordia mirabile che fin dai primissimi tempi i Romani ebbero rapporti coi popoli vicini. E che queste relazioni vi furono e s'imposero come una necessità assoluta e che dovettero rispettarsi e regolarsi, si vede nell' istituto della *recuperatio* e del *praetor peregrinus*.

Quale se non giuridico dovette essere il motivo determinante la creazione di questi due istituti essenzialmente giuridici?

In che cosa essi ripetono il loro fondamento se non in una coscienza giuridica a cui ripugnava che i rapporti di fatto potessero essere violati, in una necessità ineluttabile delle vita che venissero garantiti e risoluti giuridicamente, e imponendosi dall'altro canto inesorabilmente la loro esistenza? E tale necessità, ripeto, non è forse giuridica?

Posto ciò a me pare che tali regole poggiano sovra una coscienza giuridica che non è un certo sentimento giuridico nazionale di fronte agli stranieri come dice il Fusinato (19) ma *internazionale*, in quanto è subordinata a un concetto di giustizia internazionale, ad un concetto di *aequitas naturalis*, così intimamente radicato nei Romani la cui splendida concezione si ha nella formazione dell'*jus gentium*.

(18) **Holtzendorff,** *op. cit.*, pag. 7.

(19) **Fusinato,** *op. cit.*, pag. 12.

CAPITOLO VI.

Limitazioni al principio della personalità della legge (*)

SOMMARIO: I. *Locus regit actum.* II. L'ordine pubblico.

I. Perchè lo studio riesca più completo è necessario una ricerca finale, la quale si proponga di vedere se furono conosciuti dai Romani i due canoni del diritto internazionale privato moderno, la massima cioè del *locus regit actum* e l'ordine pubblico internazionale. Su questo punto gli scrittori che ne hanno trattato sono in completo disaccordo e le loro conclusioni quindi perfettamente opposte.

La regola *locus regit actum* significa che tutti gli atti giuridici posti in essere in paese straniero secondo le forme in questo riconosciute essenziali alla loro esistenza, sono validi negli altri paesi quantunque la legge di questi esiga forme differenti.

Posto ciò si domanda: fu noto ai Romani tale principio?

I giureconsulti del medio evo tra cui Bartolo, Baldo, Paolo de Castro e fra i più recenti il Dumoulin e il Voet sostennero che

(*) BIBLIOGRAFIA: **Bar,** *Das internationale Privatrecht,* vol I; **Duguit,** *Les conflicts de legislation relatiff à la forme des actes civils;* **Hartogh,** *Disputatio critica inauguralis de regula locus regit actum;* **Buzzati,** *L'autorità delle Leggi straniere relative alla forma degli atti civili.* Torino 1894; **Savigny,** *System de heüt. Recht*, vol. VIII, § 382; **Zachariae,** *Ueber die Rechtsregel « Locus regit actum »* nella *Themis* 1879, II, parte I.

esso fu conosciuto e applicato nel diritto romano e confortano anzi la loro tesi con una quantità di frammenti del *Corpus Juris*.

Mi risparmierei d'esaminarli se la mia opinione in proposito si trovasse d'accordo colla *communis opinio* dei nostri giorni. Ma poichè in questo punto io mi permetto di dissentire con quasi tutti gli scrittori, che più o meno a lungo se ne sono occupati, così credo necessario lo studio esegetico dei frammenti che hanno dato luogo a tale discussione.

Riporto però soltanto quelli che mi sembrano provare la mia tesi, lasciando fuori tutti gli altri che a tale scopo non mirano, e che ingiustamente vi furono riferiti.

Ulpianus, lib. XXIV ad Edict. fr. 1 § 15, XXV, 4: « *Quod autem praetor ait causa cognita se possessionem non daturum vel actiones denegaturum, eo pertinet, ut, si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his quae praetor servari voluit, non obsit partui. Quale est enim, si quid ex his, quae leviter observanda praetor edixit, non sit factum, partui denegari bonorum possessionem: sed mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem et partum et infantem oportet.*

Cod. VI, 32, 2. Impp. Valerianus et Galienus, an. 256: « *Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, ut in patria proferantur, adfirmans potes illic proferre, ut secundum leges moresque locorum insinuentur, ita scilicet, ut testibus non praesentibus adire prius vel pro tribunali vel per libellum rectorem provinciae procures ac permittente eo honestos viros adesse facias, quibus praesentibus aperiantur et ab his rursum obsignentur* ».

Cod. VI, 23, 9. Impp. Diocletianus et Maxim. an. 290: *Si non speciali privilegio patriae tuae juris observatio relexata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet.*

Cod. VIII, 48, 1. Impp. Dioclet. et Maxim. an. 290: « *Si lex municipii, in quo te pater emancipavit, potestatem duumviris*

dedit, ut etiam alienigenae liberos suos emancipare possint, id quod a patre factum est suam obtinet firmitatem ».

In questi passi io credo poter rinvenire un' applicazione della regola *l. r. a.* Infatti Ulpiano dice che il pretore concedeva la *bonorum possessio* e le rispettive azioni al nato, quand'anche erano state omesse alcune delle formalità volute da lui riguardanti l' *inspectio ventris* o la *custoditio partus*, se tali omissioni erano avvenute per ignoranza. E aggiunge: deve forse negarsi la *bonorum possessio* se le formalità *quae praetor edixit observanda* lo furono non *per rusticitatem?* E Ulpiano risponde dicendo che per decidere bisogna riferirsi al caso concreto. Cosicchè se una *civis* romana in Roma trascura quella formalità stabilita dal pretore per l' *inspectio ventris*, come, se ad esempio una e non tre *obstetrices* fu adibita all'uopo, e non si adempirono le prescrizioni volute dall' editto per evitare una supposizione di parto, o la donna non denunziò agli interessati d'essere incinta nel tempo utile stabilito, deve senz'altro respingersi la domanda della *bonorum possessio.* Ma se invece una donna appartenente ad una regione, nella quale l' *inspectio ventris* è fatta da una sola *obstetrix* e non si esigono altre formalità, si rivolge al pretore per ottenere la *bonorum possessio* e le azioni, questi non potrà rifiutarsi perchè *mos regionis inspiciendus est*, cioè le regole giuridiche locali (1). In questo caso l'atto dell' *inspectio ventris*, valido nel paese dove è avvenuto appunto, perchè compiuto secondo le forme ivi usate, produce a Roma i suoi effetti giuridici. Ora in virtù di che il pretore deve riconoscergli tale validità se non pel principio *locus regit actum?*

(1) Io non so perchè il **Savigny** non vuole intendere in tesi assoluta come regole giuridiche locali i costumi e le consuetudini delle regioni. A me sembra che tali essi sieno anche per la const. 31, VI, 23, dove si dice che *in illis vero locis in quibus varii inveniuntur homines litterati per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam consuetudinem legis vicem obtinere.* Chi può negare che tale consuetudine non sia una regola giuridica locale?

Un altro esempio di applicazione di queste regole a me pare venga dato dalla citata costituzione di Valeriano e Gallieno.

Un padre affida ad un figlio il testamento suo perchè lo porti in patria, affinchè venga aperto secondo le leggi e le consuetudini del luogo. Gli scrittori contrarii dicono che in questo frammento nulla vi è che possa riferirsi alla applicazione della regola *locus regit actum* perchè l'atto è posto in essere nella città medesima, di cui è membro la persona interessata e vi si applica naturalmente il diritto proprio di questa città (4).

Ora a me questo ragionamento pare che non dica nulla.

Infatti perchè gli imperatori Valeriano e Gallieno abbiano messo fuori il rescritto dovette essercene il bisogno: vuol dire che nella città dove l'interessato voleva fare aprire il testamento sorsero delle contestazioni, per risolvere le quali l'autorità suprema dell'imperatore fu invocata. Questo è fuori dubbio, perchè altrimenti non saprebbe spiegarsi l'intervento dell'imperatore, essendo cosa naturalissima che gli atti giuridici vanno sottoposti alla legge del luogo in cui si compiono.

Quale dunque può essere la contestazione sorta? Il frammento citato ci dice solo che il padre era assente e che durante questa sua assenza aveva fatto un testamento: non sappiamo il luogo nè le formalità con le quali fu posto in essere: a me sembra, ed è logico, che tali formalità dovevano essere diverse da quelle adoperate nella patria in cui veniva ad aprirsi il testamento, ciò che io desumo dalle parole *potes illuc perferre ut secundum leges moresque locorum insinuentur*, le quali svolte maggiormente, a mio parere, significano questo: quantunque il testamento sia stato fatto altrove e con formalità diverse, quantunque sorga il dubbio se portandolo in patria possa ritenersi invalido e quindi non venire insinuato, e

(2) **Savigny,** op. cit. vol. VIII, pag. 82-83.

(3) **Dig.,** XXIII, 7, 1853; XXVIII, 1, 21 § 1; XXX, 50 § 3.

(4) **Duguit,** op. cit., pag. 15.

qui nasce la contestazione e l'intervento degli imperatori, pure *potes illuc perferre.* In fin dei conti in patria non doveva farsi altro che aprirlo e tale atto si farà *secundum leges moresque locorum.*

La costituzione citata presenta qui due applicazioni della regola *l. r. a.:* una prima perchè viene ad essere ritenuto valido in patria un testamento fatto fuori di patria: una seconda perchè tale testamento aperto colle speciali formalità del luogo sarebbe valido anche a Roma, dato il caso che qui venga ad essere eseguito, non potendo certamente il pretore non accordarne l'esecuzione.

Più decisiva mi sembra la costituzione 9 del libro VI Cod. 23.

Il caso è il seguente: un certo Patroclia in virtù di un testamento era stato nominato erede: pare che il magistrato dinanzi a cui doveva aprirsi (e doveva necessariamente non essere quello della patria del testatore, perchè allora non si concepisce il perchè sorgessero delle difficoltà sulle forme con cui era stato fatto il testamento) o gli interessati abbiano creduto che, mancando il requisito essenziale della presenza dei testimoni, *iure deficit testamentum.*

Ma l'imperatore Diocleziano a cui si era rivolto Patroclia decide che *nullo iure testamentum valet.* Dato quindi il caso che al pretore di Roma si chiedesse aiuto dall'erede per garentirle l'esecuzione, questi non potea rifiutarsi, quantunque per diritto romano mancando quel requisito essenziale, la presenza dei testimoni cioè, fosse nullo.

Ora, domando io, non è questa un'applicazione della regola *locus regit actum?*

Assolutamente decisivi mi sembrano poi due argomenti: la cost. 1, Cod. VIII, 49 e l'art. 3 del primo trattato tra Roma e Cartagine riportatoci da Polibio (III, 22).

Ecco il caso. Un padre aveva emancipato un figlio davanti i duunviri di una città alla quale egli era straniero. Sorse il dubbio: è valevole tale emancipazione? E Diocleziano risponde affermativamente: *si lex municipii in quo te pater emancipavit po-*

testatem duumviris dedit ut etiam alienigenae liberos suos emancipare possunt id quod a patre factum est suam optinent firmitatem. Gli scrittori contrari, bisogna dirlo, riconoscono in questa costituzione un serio argomento da abbattere.

Alcuni, come il Duguit e il Savigny, la riportano appena. In sostanza sono tutti d'accordo nel dire che in essa vi è che possa decidere in favore della regola *locum regit actum.* Infatti dicono vi si fa la distinzione pel caso in cui i duunviri avessero o no ricevuto dalla *lex municipii* la facoltà di figurare nella emancipazione fatta da straniero: se sì, e allora l'emancipazione è valida, se no, è nullo. Da ciò lo Chénon (5) conchiude che « le seul fait d'introduire dans l'espêce une *distinction* prouve selon nous que Dioclétien ne s'est nullement attaché pour resoudre la question qui lui était proposé aux principe de la règle: *locus regit actum* ». Perchè secondo questo scrittore se si fosse avuta l'intenzione di riferirvisi non vi era alcun bisogno di *distinguere,* e in massima si sarebbe affermata la validità dell'emancipazione.

A dir la verità io non giungo a comprendere il valore di questi argomenti. Perchè mai la distinzione cui si accenna è decisiva contro interpretazione di chi vede in quel frammento applicata la massima *locus regit actum?* Che anzi essa mi sembra rafforzi sempre più la mia tesi, perchè dicendo il rescritto imperiale che l'atto di emancipazione è nullo se il magistrato, i *duumviri* cioè, non avevano la facoltà di figurarvi essendo stranieri i soggetti, valido negli altri casi, si viene implicitamente a confermare quella regola. Infatti in quei casi in cui l'atto è nullo tale nullità dipende esclusivamente dalla incompetenza del magistrato locale, in altre parole dalla inosservanza delle forme procedurali del luogo in cui l'atto viene posto in essere. Negli altri casi in cui l'emancipazione è valida come se fosse stata compiuta dal padre nella sua patria la

(5) **Chénon,** loc. cit. pag. 29 dell'estratto.

firmitas cui accenna il rescritto proviene appunto dall' avere seguito le forme procedurali del luogo.

E non è forse in virtù della regola *locus regit actum* che a Roma il pretore avrebbe dovuto riconoscere il diritto del figlio emancipato in un' altra città con forme speciali, quantunque il padre vi fosse straniero?

L' altro argomento decisivo cui ho accennato è l' art. 3.° del primo trattato conchiuso tra Roma e Cartagine. Esso dice così: « τοίς δὲ κατέμποριαν παραγιγνομένοις μηδὲν ἔστω τέλος πλὴν ἐπὶ κέρυκι ἢ γραμματεῖ · ὅσα δ' ἂν τούτων παρότων πραθῇ δεμουσίᾳ πίστει οφέιλεσθω τῷ ἀποδομένῳ · ὅσα ἂν ἡ ἐν Λιβύῃ γ' ἐν Σαρδόνι πραθῇ (6).

Nessun autore se ne è occupato in rapporto all' argomento. Da esso risulta come i Cartaginesi e i Romani conobbero la regola *locus regit actum* e l'applicarono. Quando infatti in un trattato di commercio si trova stabilita la nullità di un negozio giuridico conchiuso a Cartagine tra un Romano e un Cartaginese o tra due Romani, se non viene adibito un pubblico ufficiale del luogo (μηδέν ἔστω τέλος πλὴν ἐπί κέρυκι ἢ γραμματεῖ) incaricato appunto dalla redazione di tali atti giuridici, e la validità invece quando si compie presenti tali ufficiali (ὅσα δ' ἂν τούτω παρόντων πραθῇ δεμουσίᾳ πίστει οφέιλεσθω τῷ ἀποδομένῳ) come può dubitarsi ancora? Come spiegare altrimenti la validità che a tali atti compiuti con forme assolutamente diverse a Cartagine, doveva accordare il magistrato a Roma quando contestazione potea avvenire tra i contraenti ambedue romani?

A questa domanda difficilmente potranno rispondere gli autori contrari. Obbietteranno forse che nessun caso si trova nelle fonti

(6) Eccone la traduzione letterale: *qui commercium causa venit his nullum negotium contractum est nisi adhibito pubblico praecone vel scriba quidquid fuerit actum his praesentibus publica fide venditor debetur. Quod quidem in Lybia aut Sardinia fuerit actum.* **Polyb.**, III, 22.

che ci mostri la validità attribuita dal pretore a un negozio giuridico compiuto in città peregrina con le forme speciali in essa usate?

Osservazione abbastanza magra sarebbe questa e di nessun valore giuridico, inquantochè il non avere notizia di un fatto non giustifica che esso non sia esistito. Quand'anche si trovasse un frammento che dichiari nullo a Roma un atto giuridico compiuto in una città peregrina non basterebbe a distruggere la mia affermazione, ma bisognerebbe trovarne il perchè.

Ma per fortuna gli scrittori classici ci parlano di negozi compiuti in *civitates peregrinae* ed eseguiti in Roma. Cicerone accenna a molti contratti sotto forma di *singraphae*, *genus obligationis proprium peregrinorum*, che si eseguivano a Roma. In una sua epistola a Servio Sulpicio (XIII, 19) lo prega di interessarsi della sorte del figlio di un certo Lysone *civis Patrensis* che è stato adottato da un suo cliente M. Gemellus *patrensibus legibus* affinchè voglia *eius ipsius hereditatis ius causamque tueare* dinanzi al pretore.

Parecchie conclusioni importanti si ricavano da questa lettera: a me interessa solo far vedere come è una casa naturale logica per Cicerone che il pretore ritenga valida un'adozione compita da un romano con altre forme *patrensibus legibus* in altra città e che quindi, in base ad essa, si conceda all'adottato l'eredità dell'adottante.

Per tutti questi motivi io ritengo che non possa con molta esattezza dirsi che i Romani sconobbero completamente il principio del *locus regit actum.* Non l'avranno concepito in tutta la sua estensione datale ai nostri giorni, ma ne ebbero però una nozione chiara. A prescindere dagli argomenti e dai testi citati, sarebbe inesplicabile il concepire l'andamento di tutta quanta la vita pratica di quei tempi in cui mancava assolutamente l'unità legislativa e giurisdizionale se non si ammettesse che nel diritto romano la

regola citata fu nota. Molte questioni riguardanti la competenza del pretore peregrino rimarrebbero senza soddisfacente spiegazione.

II. Resta ora ad esaminare il secondo punto: vedere se i Romani ebbero la nozione dell'ordine pubblico quale limite d'applicazione alla personalità del diritto. Su quest'argomento controverso anch'esso, nessun romanista si è fermato: solo due scrittori di diritto internazionale se ne sono occupati incidentalmente e di sfuggita.

Tale principio, formulato con precisione scientifica per la prima volta dal Mancini, consiste nella limitazione dell'applicazione delle leggi straniere quando esse sono contrarie alle leggi dell'ordine pubblico di uno Stato e costituisce una giusta restrizione alla personalità del diritto.

I due autori che ne hanno trattato, almeno che io sappia, sono il Weiss e lo Chénon (7): le loro conclusioni però sono in completo disaccordo, sostenendo il primo che a Roma la lex peregrina nella sua applicazione non soffrì alcuna restrizione dovuta all'ordine pubblico, il secondo invece che tale limitazione si ebbe.

Non esito un momento a pronunciarmi sin d'ora per l'opinione dello Chénon. Esporrò intanto i motivi che hanno indotto il Weiss a venire alle superiori conclusioni per passare poi allo studio dei testi sui quali io, seguendo lo Chénon, appoggio la mia opinione in proposito.

Weiss adduce in confronto della sua tesi il passo di T. Livio dove si dice come gli usurai, non potendo esigere in nome proprio gli elevati interessi che *laborabant civitatem* perchè *nullis fenebribus legibus conscripta avaritia esset* (8) imaginarono una

(7) **Weiss,** loc. cit., pag. 264; **Chénon,** loc. cit., pag, 29.

(8) **Liv.,** XXXV, 7. L'usura fin da tempi remotissimi era proibita. Le dodici tavole la limitavano: *ne quis unciarii foenere amplius exerceat, Fenerator quadrupli condemnetur* VII, 17; **Tac.,** *Ann.*, VI, 16; *Cat.,* 2, § 1. Nel 307 u. c. la *lex Duilia Moenia de unciario foenere* riprodusse la disposizione della XII Tavole; **Liv.,** VII, 16. Molte leggi si succedettero tutte collo stesso scopo. Non ultimo fu il senatosconsulto Semproniano.

frode la quale consisteva nel far figurare creditori i soci latini che non erano tenuti all'osservanza di quelle leggi (*nomina trascribebant*) e quindi *libero foenore obruebant debitores.* Fu allora nel 561 che, per impedire il grave disordine che tale modo d'agire produceva, M. Sempronio tribuno propose *plebisque scivit ut cum sociis nomine latino creditae pecuniae jus idem quod cum civibus romanis esset.* Ainsi — soggiunge il Weiss — jusqu'en 561 la loi personelle de l'étranger, avait en assez de force pour paraliser, l'application d'une disparition d'intérêt général, d'una disposition pénal, telle que la loi sur la répression de l'usure (9).

Egualmente dice a proposito della legge Orchia e Fannia, la prima del 573 e la seconda del 593 (10). Esse si proposero impedire lo sfrenato lusso della tavola giunto all'eccesso coi banchetti di Trimalcione, limitando il numero dei commensali che si potevano invitare e determinando il massimo della somma che poteasi spendere al giorno.

Sono curiose a tale proposito le notizie che ne danno Plinio e Aulo Gellio. Ebbene tali leggi non si estesero ai peregrini che parecchio tempo dopo, nel 611 colla *lex Didia de sumptu* che stabilì *ut in universa Italia non sola urbs lege sumptuaria teneretur Italicis aestimantibus Fanniam legem non se sed in solos urbanos cives esse conscriptam* e quindi tutti *tenerentur legis.*

O perchè, si domanda il Weiss, i Romani se conobbero il principio dell'ordine pubblico quale limite della personalità delle leggi, estesero così tardi tali leggi repressive e certo dettate da motivi di utilità pubblica ai peregrini?

Per questi motivi egli è venuto alla conclusione che verosimilmente i Romani non ebbero tale nozione: ils n'ont pas connu la souverainité territoriale de la lois, ils ne conçoivent pas qu'une avec repugnance qu'ont était arrivé tres tard à rendre applicables

(9) **Weiss,** loc. cit., pag. 265.

(10) **Macrob.,** II, 13; **Plin.,** *h. n.*, X, 50; **Gell.,** II, 24, 26.

aux étrangers a Rome certaines lois repressives. E conchiude: il existe donc une grande analogie entre le système romaine et celui ci de la personalité des lois barbares (11).

La conclusione del Weiss sarebbe logica e giusta: infatti come spiegare il non avere applicato ai peregrini quelle leggi proibitive più della loro origine se non colla mancanza della nozione dell'ordine pubblico? Ma il vizio sta nel presupposto che è inesatto.

Egli avrebbe avuto ragione se avesse anzitutto dimostrato che tali leggi potevano estendersi sin da principio ai peregrini e che i Romani non lo fecero in omaggio al principio dell'assoluta personalità della legge. Ma ciò non può dirsi: e la ragione semplice per cui non si stesero *ab initio* ai peregrini sta in ciò, che esse erano dirette a limitare una facoltà d'agire che solo i *cives* avevano e di cui gli stranieri erano sprovvisti e per conseguenza sarebbe stato un assurdo pretendere che essi vi fossero pure astretti.

Un esame accurato dei motivi delle due leggi su cui il Weiss fonda la sua opinione basterà a convincere della verità di quanto io dico. Le leggi reprimenti l'usura furono fin da principio d'ordine pubblico: la storia infatti delle *leges fenebres* non può scindersi assolutamente dalle vicende politiche dello stato: ad ogni sedizione del popolo segue, come a causa l'effetto, una disposizione che limita gli interessi elevati che *obruebant plebem*. La ragione per cui tali disposizioni non furono applicate ai peregrini del 561 col Senatoconsulto semproniano sta in ciò, che in quei primi secoli di vita della repubblica, le relazioni commerciali cogli stranieri non erano ancora molto sviluppate; di poco era stato creato il pretore peregrino per cui ad essi veniva completamente tutelato il loro diritto e che quindi assai raramente un romano poteva rivolgersi ad un peregrino per riceverne denaro in prestito. Mancava quindi il presupposto essenziale del posteriore Senato consulto semproniano. Quando però dopo le guerre puniche, annientata sui campi

(11) **Weiss,** op. cit., pag. 265.

di Zama la potenza Cartaginese, il commercio di Roma divenne floridissimo e le relazioni commerciali coi popoli vicini, ridotti a riconoscere la supremazia della Repubblica, crebbero straordinariamente senza il bisogno di trattati o speciali convenzioni e si creò una magistratura apposita competente in modo precipuo a garentire completamente il diritto del peregrino, si intese il bisogno di estendere le leggi sull'usura anche agli stranieri, i quali, non essendovi costretti, davano agio agli usurai romani di opprimere la plebe.

Ecco dunque perchè nel 561 *plebis scivit ut cum sociis ac nomine latino creditae pecuniae ius idem quod cum civibus romanis esset.* Il motivo di tale legge è esclusivamente di impedire che l'ordine pubblico di Roma venisse turbato dall'applicazione della legge peregrina, d'impedire cioè che la *civitas foenore laboretur* che le leggi romane sull'usura non venissero frustrate con quella frode di cui parla Livio, e rese lettera morta dai peregrini.

In quanto poi al perchè non si estesero fin da principio le *leges* Orchia e Fannia agli stranieri aspettando ancora parecchio tempo per farlo colla legge Didia *de sumptu* nel 611, altro argomento questo addotto dal Weiss per confermare la sua tesi, io dico che esse in principio non potevano limitare e frenare una facoltà a chi questa non avesse o per lo meno non ne abusasse. Quando però se ne intese il bisogno vedendosi compromessa la sicurezza e l'autorità delle leggi romane, allora che fu possibile il farlo, la repubblica non mise tempo in mezzo ad estendere quelle disposizioni repressive anche ai peregrini.

Per tutte queste ragioni l'opinione del Weiss non mi sembra accettabile perchè essa si fonda sopra argomenti che non provano nulla in suo favore, anzi depongono contrariamente.

Passo ora ad esaminare i motivi per cui io credo che i Romani ebbero chiara la nozione dall'ordine pubblico quale limite alla personalità della legge peregrina.

Ho già implicitamente combattendo la teoria del Weiss accennato ad alcuni, quali il plebiscito semproniano nel 561 e la lex Didia *de sumptu* del 611: parlerò qui della lex Minicia, della Aelia Sentia e del corrispondente Senato consulto di Adriano; dell'*actio legis Aquiliae* e dell'*actio furti* concessa ai peregrini, e del Senatoconsulto di Adriano riguardante i fidecommessi dei peregrini.

Un primo esempio da cui si scorge che i Romani, quando l'esigeva l'ordine pubblico, non permettevano agli stranieri non solo l'uso della loro legge personale, ma nemmeno quello dell'*ius gentium*, creando come dice lo Chénon, un vero diritto di eccezione si ha in Gaio e Ulpiano (12). Era principio già stabilito che lo stato dei figlioli doveva desumersi da quello della madre (13). Tale principio però se nei primi tempi fu applicato in tutta la sua estensione, appena cominciò a sentirsi un danno per la repubblica fu di botto limitato con una legge. Ed il danno consisteva in ciò che i figli nati da una cittadina romana nascendo *cives*, lo Stato si sarebbe trovato in breve pieno di un numero grande di figli nati da matrimoni misti, specialmente quando tali matrimoni coi peregrini erano divenuti facili per le accresciute relazioni commerciali e quindi inquinato, per così dire, da persone alle quali non si voleva accordare la cittadinanza.

Nessuno metterà in dubbio che tale interesse di Roma non fosse di ordine pubblico e lo provano le successive e ripetute espulsioni più o meno violente di stranieri, che vennero fatte ad intervalli.

(12) **Gaio,** I, 78; **Ulp.,** V, 8.

(13) **Gaio,** I, 78; **Ulp.,** V, 8; **Dig.,** I, 5, 24: *Lex naturae haec est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequitur nisi lex specialis aliud iudicat.*

E una legge (14) infatti venne a garantirlo, la quale limitò eccezionalmente il principio che lo stato del figlio rispetto alla cittadinanza dovesse desumersi da quello della madre; stabilendo che nei patrimoni di una romana con un peregrino i nati fossero peregrini.

Ora tale legge non è forse inspirata a motivi di ordine pubblico? Uguale fondamento hanno pure quelle concessioni che lo stato romano faceva agli stranieri dell'*ius civile Quiritium* quando le necessità della vita l'imponevano.

E ciò è di grande importanza per la tesi che sostengo. Il diritto quiritario fu con esclusione talvolta esagerata sempre negato allo straniero: un tale rigido esclusivismo non potè mantenersi più in tutto il suo rigore in ogni tempo. Imperiosi motivi di ordine pubblico sia politici che economici, ineluttabili esigenze imposero talvolta che ad esso si derogasse. Il Senato consulto semproniano che stabilì *idem jus quod eum civibus romanis esset*, la lex Didia *de sumptu* cui ho accennato non ne sono la sola prova; altre se ne riscontrano nelle fonti: la concessione ad esempio dell'*actio furti* e dell'*actio legis Aquiliae*, la proibizione della *lex* Aelia Sentia di emancipare gli schiavi in *fraudem creditorum* sono appunto effetti immediati di bisogni pratici e imprescindibili, che, non soddisfatti, avrebbero certamente turbato l'ordine pubblico dello stato romano colle dannose conseguenze economiche che ne sarebbero derivate. Infatti quando il commercio di Roma si allargò divenendo rigoglioso e affluendo in Roma un gran numero di peregrini venuti per trafficare, la loro condizione giuridica non potea lasciarsi senza tutela alcuna. S'impose il bisogno e parve necessario

(14) La data di questa legge è incerta come pure incerto ne è il titolo. Nel manoscritto di **Gaio,** si legge *Minucia* (*Collectio* I, pag. 20), mentre quello di **Ulpiano,** porta *Mensia* (*Collect.*, II, pag. 10, n. 29) corretto in *Minucia* dal **Krüger.** Ambedue i giureconsulti, questo è certo, si riferiscono a questa legge.

e giusto *extendi etiam ad peregrinos* quelle azioni che servivano a garantire la proprietà e il diritto dello straniero, senza le quali questo sarebbe rimasto scoperto e senza sicurezza. La finzione legale che la giurisprudenza e il pretore trovarono per supplire una lacuna del diritto non tocca per nulla la concessione in se stessa, come le modalità diverse di risolvere un problema non riguardano punto la sostanza del problema medesimo che rimane sempre eguale; per conseguenza non avrebbe serio valore l'osservazione che il pretore concedente l'*actio furti* o *legis Aquiliae* la concedeva al *peregrinus* in quanto però si fingeva *cives romanus*.

Uguali motivi di ordine pubblico consigliavano ad estendere ai peregrini le disposizioni proibitive della legge *Aelia Sentia* riguardo all'emancipazione degli schiavi fatta in *fraudem creditorum* (15). Lo stato romano non poteva permettere che lo straniero potesse ledere i diritti dei *cives* e frustare le leggi della Republica: parimenti, in omaggio a quel principio, lo stesso Adriano tolse ai peregrini il diritto di poter ricevere per mezzo dei fidecommessi. Si sa come questo istituto giuridico sorse appunto perchè, non potendo i peregrini succedere per testamento e dall'altro canto imponendosi assolutamente i bisogni ineluttabili della vita, si dovette limitare il rigore di quel principio con un mezzo idoneo che fu appunto il fidecommesso (16). Però tale concessione pare sia degenerata in abuso e che l'economia pubblica dei Romani avesse a soffrire.

Così solo può spiegarsi quel Senato consulto di Adriano il quale altrimenti sembrerebbe strano. Perchè se il fidecommesso fu introdotto appunto per irresistibile prepotente bisogno della vita, come mai la volontà di un imperatore potea toglierlo, se essa volontà non dovette esser determinata da motivi ugualmente, anzi maggiormente validi e forti da vincere i primi? E questi motivi

(15) **Gai.**, I, 47.
(16) **Gai.**, II, 285.

quali potevano essere se non l'abuso di un principio utile se usato rettamente, che minacciava la pubblica economia di Roma, il vedere cioè arricchire i peregrini a danno dei *cives?*

In tutti questi casi dunque in cui o si estendeva una norma dell'*ius* civile ai peregrini, o si limitava loro l'applicazione della legge personale, gli si impediva di usare una regola dell'*ius gentium*, si è visto come un'alta ragione di Stato, un motivo di ordine pubblico suggeriva al legislatore quel modo di agire.

Sarebbe un voler forzare la verità storica, un guardare con lente da miope la storia di Roma negando ai romani che avevano uno spirito giuridico così meraviglioso, una pratica della vita cosi sennata, la nozione dell'ordine pubblico quale restrizioue giusta alla personalità della legge peregrina, paragonando questa come fa il Weiss e il Baron (17) a quelle delle leggi germaniche del medio evo.

(17) **Baron,** mon. cit.; **Weiss,** loc. cit.

Capitolo VII.

I. L'*ius gentium*. II. Caratteri del diritto internazionale pubblico e privato di Roma e sua differenza col moderno.

I. Esponendo la teoria del Laurent che negava l'esistenza di un diritto internazionale privato in Roma, perchè, secondo lui, l'*ius gentium* diritto universale sopprimeva ogni possibile conflitto di leggi, io obbiettai che tale modo di ragionare lasciava insoluto il problema: poichè, si poteva benissimo dire che appunto l'*ius gentium* era un diritto internazionale privato. Rimandai a tempo più opportuno la discussione su questo argomento ed ora, prima di esaurire il presente lavoro è mestieri fare una simile ricerca, la quale, come dissi, offre un'interesse e una difficoltà speciale, data la stridente discordia degli autori che se ne sono occupati. Premetto che io non intendo fare uno studio ampio ed esauriente su questo tema: il mio scopo è solo vedere in quale relazione stesse l'*ius gentium* coll'argomento fin qui trattato. Mi limiterò quindi a esporre le opinioni dei principali scrittori a criticarle, e infine dirò quelle che io mi sono formato.

La prima questione sorge nel determinare l'origine e il contenuto dell'*ius gentium*.

Alcuni autori come il Karlowa, il Cuq, il Bechmann, il Co-

gliolo (1) pensano che la materia prima dell'*ius gentium* sia sorta come un sistema di norme corrispondente a nuovi bisogni giuridici fattisi sentire fra i *cives*, pei quali il rigoroso *ius civile* non era più sufficiente, e che le relazioni cogli stranieri abbiano ampliate ed accresciute quelle norme che, col tempo, furono anche applicate a regolare i rapporti dei cittadini coi peregrini e dei peregrini fra loro, perchè corrispondenti alle generali necessità della vita. Per questi autori il nome di *ius gentium* fu dato in seguito a tale diritto dai Romani, perchè, coll'accrescersi delle relazioni esteriori, essi si avvidero che un diritto analogo era applicato negli altri Stati ai loro rapporti cogli indigeni. Il nome quindi allude soltanto al fatto che tali norme erano comuni a tutte le *gentes*, compreso anche fra queste il popolo romano, tanto erano naturali per le esigenze della vita. Per il Karlowa poi la differenza tra l'*ius civile*, quello cioè che si applicava nel commercio dei *cives*, e l'*ius gentium* stava in origine non già nella fonte straniera dell'uno, quanto nel contrasto tra gli atti formali necessarii nell'uno e il fatto compiuto sufficiente nell'altro a crear rapporti giuridici.

Altri autori tra cui il Puchta, il Voigt, il Müller-Jochmus, il Maine, il Padelletti (2) ritengono che l'affluenza dei forestieri a Roma fin dal tempo più antico, e i rapporti di fatto che necessariamente dovettero nascere, fossero regolati da norme che non erano certamente di diritto romano: « dieser allgemeine Peregrinenrecht, dice Puchta, ist das *ius gentium* in seiner ursprünglichen Bedentung: es ist durch ein unmittelbar practiches Bedurfniss entstanden, für die Peregrinem und ihren Verkeher unter

(1) **Karlowa,** op. cit., vol. I, pag. 451-56; **Cuq,** *Les institutions juridiques des Romains* pag. 487-491; **Bechmann,** *Der Kauf*, vol. I, pag. 437; **Cogliolo,** *Storia del diritto romano*, vol. I, pag. 191. e segg.

(2) **Puchta,** *Cursus der Institutionen* I, § 54 e più specialmente § 83-84. **Müller-Jochmus,** op. cit., pag. 134 e segg.; **Voigt,** op. cit. vol. II, pag. 526 e segg. e pag. 606 e segg; **Maine,** L'*ancien droit*, pag. 47. **Padelletti-Cogliolo,** *Storia del diritto romano*, pag. 419 e segg.

und mit Römern (3) ». La materia quindi e i nuovi rapporti giuridici sorti da tali relazioni formano, secondo tale opinione, il nucleo primitivo di un diritto speciale, chiamato poi *gentium*, che, sviluppatosi col progresso del tempo, venne ad applicarsi anche ai cittadini, modificando quindi lentamente ed accrescendo l'*ius civile Quiritium*.

Come si vede qui la discordia sta nel considerare l'origine dell'*ius gentium* riguardato nel suo contenuto materiale. Un'altra discordia c'è sul significato che si attribuisce a questa frase d'*ius gentium* in quanto, si dice, che essa non ha un riscontro materiale e concreto, ma sta ad indicare un'idea astratta, filosofica. Savigny infatti crede che l'*ius gentium* è « una idea astratta che deriva dalla progressiva riunione e comparazione di più diritti stranieri » (4) a cui i Romani si elevarono insensibilmente dopo aver notato dei principi giuridici comuni presso i varii popoli i cui diritti diversi si applicarono a Roma davanti i suoi tribunali fin dal tempo più antico, e quindi furono principalmente con questo mezzo conosciuti. Baron sottoscrive parola a parola tale opinione e la spiega ancor di più. « Deutlicher: das *ius gentium* wird nicht im Geschäftsverkeher der verschiedenen Völker gebildet, sondern von der Rechtswissenschaft durch Vergleichung der Rechte der einzelnen Völker erkannt » (5). Nè le discordie si fermano quì. Altre ve ne sono sul modo di considerare la funzione dell'*ius gentium* sia nel periodo del lesue origini che dopo.

Mommsen (6) ripetutamente dichiara di concepire l'*ius gentium* come un diritto internazionale privato sviluppatosi in Roma a poco a poco accanto al diritto territoriale, a cui ricorrevano i giudici quando dovevano decidere delle quistioni per le

(3) **Puchta,** loc. cit.

(4) **Savigny,** *System* vol. I, § 22 e più specialmente pag. 112-114.

(5) **Baron,** *monogr. cit.*, pag. 34.

(6) **Mommsen,** *Röm. Gesch.* [5] vol. I, pag. 158, vol. III, pag. 545. *Röm. Staasreeht*[3]. vol. III, pag. 603-606.

quali mancava una norma che potesse applicarvisi. Voigt dice che « gleichwie man in dem neu eingefürhrten Silbergelde und Sexantarasse eine Münze schuf, die in dem internationalem Geschäftsverkeher zu dienen berufen war, so ward anch das *ius gentium* als Rechtsordnuug für den Verkeher mit oder zwischen Peregrinen..... gerufen » (7). Wlassak vede pure l'origine dell'*ius gentium* nelle relazioni internazionali (8) Beach Lawrence addirittura lo paragonò al diritto internazionale privato moderno (9).

Divergenze si hanno pure nell'estensione che gli si deve dare. L'*ius gentium* sta solo ad indicare quel diritto che regolava le relazioni tra privati in antitesi all'*ius civile Quiritium* ovvero indica anche rapporti di diritto pubblico internazionale?

Dirksen, Rudorff, Willems, Holtzendorff, Chaveau (10), credono che colla determinazione d'*ius gentium* si abbracciassero e le relazioni degli Stati tra loro e il diritto internazionale privato dei cittadini appartenenti ad essi: in altri termini che *ius gentium* fosse o termine equivalente a *ius belli ac pacis*, o fonte di ambedue i diritti, il pubblico e il privato. « Certi autori recenti - scrive il compianto Rivier credono che il diritto delle genti, *ius gentium*, nel senso che si da oggi a questo nome non ha più alcun rapporto con l'*ius gentium* di Roma. Questo errore si riattacca ad altri errori dovuti all'ignoranza presuntuosa dei nostri tempi. Senza dubbio la nozione romana dell'*ius gentium* è molto più estesa che la nostra: tutto il diritto comune ai popoli inciviliti come lo cono-

(7) **Voigt,** *Röm. Rechtsgesch.*, vol. I, pag. 154.

(8) **Wlassak,** *Röm. Processgesetze*, vol. II, pag. 145.

(9) **Beach Lawrence,** *Commentaire sur les éléments de droit internat. et sur l'histoire des progrès du droit des gens de H. Weathon* parte I. vol. I, pag. 99 e segg. (Lipsia 1868).

(10) **Dirksen,** *Vermischte Schriften,* vol. I. pag. 215 e segg. **Rudorff,** *Röm Rechtsgesch.*, vol. I. § 1. **Willems,** *Droit public romain* [6] pag. 138. **Holtzendorff,** *op. cit.*, pag. 8 e pag. 255 e segg. **Chaveau,** art. cit. nella *Nouv. Rev. hist.* vol. XV. num. 20 n. I.

scevano e lo concepivano i Romani, comprendente e il diritto pubblico e il privato ».

Ho riassunto alla meglio fra le tante e sì disparate opinioni le principali, tralasciando quelle che non presentavano una grande importanza, dato il ristretto campo del mio lavoro, nel quale, ripeto, una simile ricerca è limitata ad un solo punto di vista. Tutta questa discordia che potrebbe grandemente meravigliare, preoccupando l'animo nel dare un giudizio spassionato, io me la spiego benissimo. Con tutta la profonda riverenza che il nome e l'autorità indiscutibile di alcuni autori mi impongono, io non posso non constatare che si è tenuto un metodo di ricerca non del tutto esatto. Si è dato troppo peso al nome di *ius gentium* non tenendo conto che questo è un battesimo dato ad un individuo già grande: non solo, ma si è confusa la sua origine col suo accrescimento, non si è distinta nelle varie sue parti la *funzione* che tale diritto esercitò nel lunghissimo periodo della sua esistenza, non si studiò, in altre parole e più in breve, un fatto così importante, che assorbe gran parte del diritto romano, *dinamicamente*, ma *staticamente*, dimenticando che l'unico modo per ottenere risultati sicuri è quello di dividere epoche da epoche e di mettere in relazione il diritto colla storia politica di Roma, tanto più quando le fonti danno notizie vaghe e indeterminate come al caso nostro.

Che relazione dunque ha l'*ius gentium* coll'argomento fin qui trattato? Sotto questo nome può comprendersi il diritto internazionale pubblico e privato di Roma? Quale la sua funzione?

Sull'*ius gentium* molti hanno scritto: ma il solo che con profonda dottrina e sistematicamente abbia svolto un argomento tanto importante è stato il Voigt nella sua dottissima opera più volte citata nel corso di queste pagine. Ed io riporto le sue conclusioni alle quali, tolte alcune esagerazioni, mi associo perchè mi sembrano conformi alla realtà delle cose. (11).

(11) **Voigt,** *Ius naturale* ecc.

Roma aveva un complesso di regole giuridiche che avevano lo scopo di disciplinare le sue relazioni esterne sia in tempo di pace che in tempo di guerra cogli altri popoli: tale complesso di regole venne chiamato con due nomi: riguardo al contenuto si disse *ius belli ac pacis;* riguardo alla sua sfera d'applicazione *ius gentium* (12): tale appellativo fu dato dopo aver visto che i soggetti di quel diritto erano le *gentes,* ossia i popoli. L'*ius gentium* era un diritto di applicazione universale ed obbligava tutti gli uomini liberi, in quanto che anche questi ultimi nel concetto dei Romani ne potevano essere i soggetti, data la confusione di concetti che a quei tempi si aveva della *civitas* come persona giuridica e dei *cives* che la componevano (13). Con identico nome quindi si indicavano due diritti differenti: il pubblico e il privato. E questo fatto viene dal Voigt attribuito al carattere comune di internazionalità di essi che fece trascurare gli altri caratteri differenziali, tra cui spicca nitidissimo quello che riguarda i soggetti. A questa concezione del Voigt il Fusinato (14) ha opposto una critica. Il valoroso scrittore crede che il Voigt parta da un errore fondamentale che vizia tutto il suo ragionamento: concepisce cioè il diritto internazionale romano come il moderno.

Ora l'illustre professore dell'Ateneo torinese considera il diritto internazionale romano come un *aüssere Staatsrecht* di cui le *gentes* sono piuttosto l'oggetto che il soggetto. Quando mai - si chiede - *l'ius fetiale* può aver relazione con *l'ius gentium* e può esservi compreso, se esso è il diritto esterno particolare di Roma? (pag. 18) Ma tale critica non tocca a mio modesto parere la sostanza della costruzione voigtiana, la quale resiste ancora. Nell'antichità romana esistevano un complesso di regole comuni a più popoli, da essi adoperate e riconosciute nelle loro relazioni esterne sia pubbliche che

(12) **Voigt,** *op. cit.,* vol. II. § 5, 6. 84.

(13) **Voigt,** l. c.

(14) **Fusinato** *op. cit.,* pag. 17 e segg.

privale e che costituiscono appunto il contenuto dell'*ius gentium*. L'*ius belli ac pacis* romano aveva disposizioni prettamente romane e particolari a Roma: ma ne aveva delle altre comuni ad altre genti. Se la *clarigatio*, e l'obbligo di uccidere un porco con un selce è dell'*ius belli ac pacis Romanorum*, come dice benissimo il Fusinato, tali regole non rientrano nella sfera dell'*ius gentium:* ma vi rientrano però tutte quelle altre che erano comuni agli altri popoli. *Adversus hostes et totum ius fetiale et multa sunt iura communia* dice Cicerone: saranno appunto questi *iura communia* quelli che formeranno il contenuto del diritto pubblico e privato internazionale. E così ad esempio l'inviolabilità dei legati è una regola universale che rientra per il suo contenuto e nell'*ius belli ac pacis Romanorum*, e in quello di tutte le altre genti: ed in questo senso quindi il Voigt ha ragione, e l'appellativo di *ius gentium* benissimo significa diritto internazionale pubblico e comprende parte dell'*ius fetiale* e dell'*ius belli ac pacis romanorum*. Non mi pare poi esatto l'affermare che nelle fonti la denominazione di *ius gentium* stia sempre a significare « rapporti e principi che hanno veramente riconoscimento presso tutti i popoli antichi e che son detti *iuris gentium* appunto perchè forniti di questo universale consenso » e giammai si trovi adoperata nel senso di diritto pubblico. Che quel significato divenne poi comune e quasi unico lo ammetto anche io: ma solo molto più tardi e per idee astratte: ma sul principio dovette indicare, se non esclusivamente, almeno prevalentemente diritto applicabile alle genti, di cui esse, le *gentes*, erano i soggetti. Del resto che la critica del Fusinato sia più formale che sostanziale si ricava dal fatto eloquentissimo che anche egli a pag. 19 viene alla conclusione identica sul modo con cui potè applicarsi l'appellativo di *ius gentium* a indicare regole di diritto pubblico internazionale (15).

(15) **Fusinato,** *op. cit.* pag. 19: « Ad un diritto internazionale nel moderno significato di cui le genti fossero veramente il soggetto giuridico, Roma

Rispetto poi al diritto privato l'*ius gentium* suole comunemente intendersi come il diritto internazionale privato dei Romani. E agli autori già citati in proposito deve aggiungersi anche il Fusinato il quale a pag. 20 della pregevolissima sua monografia dice che esso « sarebbe in certa maniera un diritto internazionale privato di fronte al diritto privato nazionale di Roma ». E tale opinione è molto fondata. La funzione dell'*ius gentium*, specie nelle prime epoche, è quasi prevalentemente internazionale; serviva infatti a regolare i rapporti giuridici tra stranieri e *cives* nel territorio romano. Le norme che ne formarono il contenuto avevano appunto tale carattere. Solo più tardi, per un complesso di circostanze che l'indagare ed esporre è estraneo a questo lavoro, col nome di *ius gentium* comincia a indicarsi qualche altra cosa che con le primitive regole internazionali; venne così ad ampliarsi il suo significato e a spostare in certo modo il suo contenuto: deve parimente notarsi che tale denominazione, posteriore a quel complesso di regole di portata e funzione internazionale, è probabile che nei primi tempi non avesse un nome speciale: quello di *ius gentium* rispondendo e al soggetto e alla sfera della loro applicazione si adattava mirabilmente ad essi e vi si adattò: ma, ripeto, il suo

non poteva elevarsi, come già dissi, che mediante questa osservazione: che fra gli Stati che venivano con essa in pubblica relazione di guerra o di pace taluno si governava secondo un diritto esterno organizzato presso a poco alla stessa maniera del diritto romano esterno, altri popoli invece si reggevano in differente maniera, dalla sua più o meno discosta; ma da tutti gli Stati pur tuttavia erano riconosciuti comunemente taluni principi di diritto che già formavano parte del diritto feziale particolare di Roma. E si mostra naturale che questi precetti di diritto pubblico esterno, raggruppati insieme venissero indicati col nome di *ius gentium*, il quale riferisce nel tempo stesso al subbietto e alla sfera d'applicazione del diritto medesimo ». In sostanza domando io in che cosa differisce tale concezione da quella del **Voigt**? Riguardo poi alla ragione per la quale la denominazione di *ius gentium* sta a significare due i diritti diversi, il pubblico e il privato, il **Fusinato,** è d'accordo.

contenuto comprendeva anche altri principi oltre a quelli e uno stesso nome serviva ad indicare più concetti diversi. Perciò quando si parla di *ius gentium* nel significato di diritto internazionale privato ci si deve sempre riferire a una parte del suo contenuto, a quella cioè speciale e diretta a disciplinare le relazioni coi peregrini. Questa parte, nitida abbastanza nei primi tempi, dovette poi per moltissimi motivi essere impossibile discernere distinta, sia pel soggetto che per l' obbietto a cui si riferiva, e da ciò io credo quella indeterminatezza nell' assegnare un significato preciso alla denominazione *ius gentium*, che stava già a significare più cose e più concetti.

II. È necessario prima di finire di indicare a larghi tratti i caratteri del diritto internazionale pubblico e privato di Roma facendone spiccare le differenze col moderno.

Entrambi i due diritti l'antico e l'attuale hanno un presupposto comune: la coesistenza di più Stati sovrani o semi sovrani ed autonomi, tàli riconoscentisi reciprocamente, e di più diritti particolari differenti tra loro.

Ma mentre il diritto internazionale moderno mira precisamente a conciliare le opposte tendenze per giungere ad una legge comune di giustizia internazionale colla formazione di una somma di principi egualmente riconosciuti ed esercitati da tutti gli Stati nelle loro relazioni esteriori sia pubbliche che private dei loro membri, e che formano per tal guisa il diritto esterno comune di tutti gli Stati costituendosene, così uno scopo netto e determinato, l'antico prescindeva da tutto questo curando solo di regolare immediatamente i rapporti di fatto tra Stato e Stato o trai suoi membri, adoperando quei principi giuridici più opportuni e direttamente confacenti al fine pratico, e raggiungendo solo mediatamente quello che il moderno si prefigge come scopo.

Come si vede vi è una certa differenza: perchè oggi il diritto internazionale ha un contenuto relativamente fisso, può essere elevato a sistema e sottoposto ad elaborazione scientifica dai giure-

consulti, cosa questa che nell'antichità classica si può quasi affermare e non avvenne (16). Ogni Stato aveva un complesso di norme particolari colle quali regolava le sue relazioni esterne sia pubbliche che private. Ora appunto tali norme adoperate dai Romani formano il contenuto del loro diritto internazionale: poichè non mi sembra abbia peso e consistenza l'obbiezione che comunemente si fa che tali regole giuridiche, rientrando nel campo del diritto interno di ciascuno Stato, e costituendo come dice il Fusinato (17) un *äusseres Staatsrecht* e non un *äusseres Staatenrecht* non possono quindi dirsi che formino il contenuto di un vero diritto internazionale come oggi si intende, come complesso cioè di norme che sono ugualmente riconosciute ed esercitate da tutti gli Stati nelle loro relazioni esteriori e che costituiscono in tal modo il diritto esterno comune di tutti gli Stati (*ius inter gentes*).

Anzitutto, l'ho detto in principio, il volere adoperare i moderni criteri per giudicare le cose dell'antichità è un metodo sbagliato che porta alla negazione di tutto. Il concetto di diritto internazionale ha subito una lunga evoluzione ed ha quindi cambiato i suoi elementi spostandosi dal punto originario di partenza. Ora tra questi suoi elementi ve ne è qualcuno che è rimasto immutato, e tale doveva essere, poichè ne costituisce appunto il carattere fondamentale. L'internazionalità per dir così di una norma giuridica deve quindi desumersi non già dal suo contenuto, ma dalla sua origine o dalla sua sfera d'applicazione: in altre parole perchè faccia parte e rientri nel campo di un diritto internazionale sia

(16) L'antichità romana non dovette essere completamente sprovvista di qualche opera di diritto internazionale pubblico. Apprendiamo infatti da **Gellio,** *Noct att.*, 1, 25, che **Varrone** scrisse un libro *De bello et pace*. Nulla ci resta di simile lavoro all'infuori di questa notizia di un certo valore. La profonda dottrina del suo autore autorizza a supporre si trattasse di cosa interessante. Lo stesso **Gellio** (*N. A.*, XVI, 4) parla di un lib. III *de re militari* di **Cincio** riportando la formula dell'*indictio belli* in esso contenuta.

(17) **Fusinato,** op. cit., pag. 17; **Wheaton,** op. cit., pag. 23.

pubblico che privato è solo *necessario* e *sufficiente* che uno degli elementi di fatto, donde sorge la relazione giuridica che deve con quella disciplinarsi, si riferisca all'*estero,* o che nasca da una convenzione internazionale.

Ora se ben si considera e attentamente tutto quel complesso di norme colle quali i Romani regolarono i loro rapporti esteriori sia pubblici che privati, si osserva che esse hanno appunto il carattere sopra indicato: fanno parte cioè del diritto internazionale e per il loro scopo e per la loro origine. Nessuno, io credo, potrà essere tanto audace da negare che i principii che disciplinavano la funzione del collegio dei feziali, o la *deditio* pei reati *iuris gentium*, o l'*ius legationis*, non appartengono ad un diritto internazionale sol perchè rientrano nel campo del diritto interno dello Stato romano, rappresentano cioè il modo cui da Roma venivan regolate le sue relazioni pubbliche esterne. Nessuno parimenti potrà affermare lo stesso per i rapporti privati e per altri istituti ad essi riferentesi, quali la *recuperatio* o il *pretor peregrinus*, perchè stabilire come e quando i peregrini potevano acquistare la cittadinanza, o statuire con quali norme si dovevano decidere i loro rapporti giuridici, quando essi potevano dare argomento a decisioni dei *recuperatores* prima, e del *praetor peregrinus* poi, vuol dire determinare quali diritti potevano esercitare i peregrini in Roma, o in altre parole delineare un sistema di diritto internazionale privato.

Nè del resto, a prescindere da tutto ciò, l'obbiezione che ho combattuto è assolutamente vera ed esatta: poichè io affermo che nell'antichità romana si può in certo modo parlare di un *äusseres Staatenrecht*, di un complesso cioè, scarso se si vuole, di norme egualmente riconosciute ed esercitate da tutti gli Stati, e che costituiscono in tal modo un diritto esterno comune.

Cicerone ci dice (18) che *adversus hostem et totum ius fe-*

(18) Cic., *De off.* III, 29.

tiale et multa sunt iura communia. E l'affermazione dell'arpinate viene confermata dall'esame attento delle fonti. Presso molti popoli dell'Italia si trova menzione diretta dell'istituto dei feziali: i Sabini, gli Etruschi, i Sanniti. Latini, gli Albani, gli Equicoli, gli Ardeati: per molti altri è concesso dedurlo considerando l'unità d'origine, la comunanza di costumi, di istituzioni, di culti (19).

Con una concordia veramente meravigliosa le fonti ci attestano la inviolabilità dei legati. È questo un precetto *iuris gentium,* fornito di un universale riconoscimento di fatto scolpito profondamente nella coscienza di tutti i popoli dell'antichità.

L'arbitrato internazionale, come può desumersi dalla splendida monografia del De Ruggiero (20), era un istituto che faceva parte della coscienza giuridica dei popoli dell'antichità greco-romana. Il *postliminium* era sancito da tutti i singoli diritti particolari (21), l'*ius legationis* si conosceva dalle *civitates* di quell'epoca. E alcuni altri istituti che sarebbe lungo e superfiuo enumerare.

Or bene, tale uniformità di norme dirette esclusivamente a disciplinare le relazioni esterne degli Stati, la reciprocità la più stretta seguita nelle controversie internazionali, il complesso insomma di tutti questi principî universalmente riconosciuti e perciò stesso detti nelle fonti *iuris gentium,* in quanto facevano parte della coscienza giuridica di tutti i popoli, non formano forse il contenuto di un *äusseres Staatenrecht* simile al moderno? Ed è forse che ripugna a comprenderveli la loro scarsezza o la considerazione che esse non provengono da un accordo voluto ed espresso dei varii popoli che li riconoscevano e li esercitavano? Io veramente non credo che esso accordo debba costituirne un « essenziale »: del resto un mutuo consenso esiste egualmente poichè —

(19) **Fusinato,** op. cit., pag. 27 segg.; **Baviera,** *Feziali* nella *Enciclop. Giurid.*

(20) *Bollett. dell' Ist. di Dir. rom.*, vol. V, 1892.

(21) **Dig.,** XLIX, 15.

e questo mi sembra decisivo considerando tutto quanto lo spirito che anima in proposito tutte le relazioni esterne delle società antiche — risulta evidentissimo dal fatto eloquente della perfetta uniformità di simili norme, che tutti i popoli si sono imposti sul medesimo obbietto, uniformità che i bisogni della vita pratica esigevano inesorabilmente, e che per ciò stesso può dirsi giuridica.

Riguardo alla *fonte* poi a me sembra che il diritto internazionale dei Romani sia per dir così più internazionale del moderno : in ispecie il privato. Perchè quelle regole dell'antichità dirette a disciplinare le relazioni esteriori di un popolo, data la tendenza dell'epoca, sono tutte stabilite quasi esclusivamente mediante convenzioni o trattati. Ho detto in proposito quale fosse la loro funzione nella storia del diritto romano (22), e a quel punto rimando: qui mi preme solo notare riportando le parole del Fusinato che oggi « n' è quasi esclusivamente la legge la fonte del nostro diritto internazionale privato » cioè un semplice regolamento interno dello Stato (23) e che quindi pei medesimi motivi addotti per negare a Roma un diritto internazionale privato, nemmeno oggi si dovrebbe avere per il Fusinato un simile diritto, poichè esso sarebbe tutto al più un *äusseres Staatsrecht.*

Prima di conchiudere è necessario accennare come tutto quanto il diritto internazionale pubblico e privato romano sia informato ai principii elevati e morali dell' *aequitas* e della *bona fides*. Anzi, secondo me ne costituiscono il fondamento. Esso sorse per equità intesa questa parola al modo stesso dei giureconsulti antichi per indicare il diritto sotto l' aspetto intrinseco e finale nello scopo cioè e nell'essenza sua (24) che si manifestava colla *bona fides*. I feziali appunto dice Varrone (l. l. V. 15) *fidei publicae inter populos praerant:* gli ambasciatori erano garantiti scrupolosamente

(22) Si veda cap. VI, paragr. III, in fine.

(23) **Fusinato,** pag. 8 del volume dedicato a festeggiare il XXXV anniversario del mio venerato Maestro **Filippo Serafini.**

(24) **Bonfante,** *Manuale d' Ist. di dir. rom.*, pag. 6.

dalla *fides publica*. La buona fede invocava il *pater patatrus* nel pronunziare le solenni parole colle quali si conchiudeva il *foedus:* parimenti *sine dolo malo* dovevano interpetrarsi le clausole inserite nei trattati. Perchè appunto negativamente concepivano questa idea i Romani coll'assenza del dolo e della frode: la medesima buona fede che il pretore codificò nel suo editto e che, rinsanguando di nuova vita il formale e rigoroso *ius civile*, lo rese universale ed umano.

Riguardo alla funzione il diritto internazionale pubblico è secondo me, dopo quanto ho detto, molto simile al moderno. Le regole infatti che i Romani adoperavano nel disciplinare le relazioni esterne cogli altri Stati hanno la stessa funzione che quelle di oggigiorno: rendere giuridici cioè, e per quanto più era possibile indipendenti dalla forza brutale, e conformi al giusto, i rapporti tra popolo e popolo. Il *foedus* romano è sostanzialmente identico al trattato moderno e come il moderno ha lo stesso scopo.

Lo stesso non può dirsi del diritto internazionale privato. Che l'*ius gentium* avesse molta analogia coll'attuale è evidentissimo e per i rapporti che regola e per le persone cui si applica. Ma non può paragonarsi al diritto internazionale privato di oggi considerato come sistema scientifico (riporto le parole del Catellani poichè credo che più egregiamente e più precisamente non possa esprimersi lo stesso concetto) perchè questo disciplina l'espansione extra territoriale delle varie leggi ed i suoi limiti, mentre quello, internazionale per le fonti, cui attinge le sue norme è esclusivamente nazionale nella origine della sua obbligatorietà e territoriale nei suoi limiti di applicazione. Nè può paragonarsi colle moderne norme di diritto internazionale privato vigenti nei singoli Stati. Quanto al contenuto queste non sono norme di diritto materiale regolatrici dei rapporti ma regole di competenza territoriale che determinano quando deve applicarsi la legge nazionale e quando quella straniera a rapporti interessanti nazionali e stranieri fuori del territorio rispettivo.

Quanto all'obbiettivo tali norme intendono regolare e limitare l'azione extraterritoriale delle leggi civili straniere in relazione a quelle nazionali. L'*ius gentium* romano era invece effettivamente un diritto materiale, regolante il fondo dei rapporti giuridici; era applicabile come l'*ius civile* nel territorio dello Stato, n'era limitata l'applicazione esclusivamente, in quello. Chi consideri ad un tempo il carattere territoriale dell'*ius gentium* e il carattere internazionale degli elementi che lo formavano potrebbe piuttosto trovarvi un'analogia colla tendenza moderna al diritto uniforme Questo che non dovrebbe essere il diritto particolare, ma un diritto nuovo risultante per tutti gli Stati del meglio dei diritti di ciascuno, sancito ed applicato nei singoli paesi come legge particolare rispettiva dello Stato, potrebbe paragonarsi, se non per la causa primordiale della sua origine e per l'obbiettivo della sua applicazione, almeno per il suo processo di formazione e per il suo modo di manifestarsi all'*ius gentium* dei Romani (25).

CONCLUSIONE

Arrivato a questo punto mi pare che si possa venire ad una conclusione generale. Il metodo rigorosamente positivo tenuto nelle ricerche fatte, e i risultati ottenuti autorizzano, secondo me, ad affermare che Roma ebbe un complesso di regole giuridiche, fondate su motivi giuridici, le quali avevano una portata internazionale e che formavano appunto il contenuto di un diritto internazionale.

Dopo quello che ho detto io credo che non si possa rispondere altrimenti. Per far ciò dovrebbesi distruggere tutto quel complesso di prove e di fatti positivi accennati nel corso di queste pagine, e dimostrare che Roma visse isolata completamente senza relazioni coi popoli vicini; dovrebbesi infine annientare, non però con affermazioni dogmatiche, i testi degli autori classici e dei giureconsulti per vedere insomma che tutto quello che possa dare motivo

(25) **Catellani**, op. cit., vol. I, pag. 160.

ad ammettere lontanamente un diritto internazionale sia pubblico che privato in Roma, non è che una miopia scientifica.

Le conclusioni generali che scaturiscono dal presente studio si possono riassumere così:

Per quel che riguarda il diritto internazionale pubblico.

1.°) Che coesistettero stati autonomi e sovrani nell'antichità romana con tutti i caratteri di *persone internazionali.*

2.°) Che Roma ebbe con esse relazioni che hanno portata e contenuto e fondamento internazionale, formando appunto l'oggetto di un tal diritto.

Per quel che riguarda il diritto internazionale privato:

1.°) Che a Roma potevano succedere o presentarsi conflitti di legge come ai nostri giorni.

2.°) Che questi conflitti erano resi più rari per l'esistenza dell'*ius gentium*, ma che non vennero perciò soppressi potendosi riscontrare ha l'*ius civile* di una *civitas* straniera e l'*ius civile* di Roma o l'*ius gentium.*

3.°) Che allorchè tali conflitti si presentavano erano in massima risoluti, coll'applicazione della legge personale delle parti in causa.

4.°) Che i Romani ammisero due eccezioni a questo principio: quella della regola *locus regit actum* e l'altra *dell'ordine pubblico.*

Prima di finire voglio rispondere ad una domanda che mi son fatta fin da principio:

Fino a quando fu possibile a Roma un diritto internazionale pubblico?

Non sarebbe certamente risposta il dire che esso vi fu fino a quando vi furono le condizioni essenziali alla sua esistenza.

Piuttosto la domanda dovrebbe esser posta in altro modo: fino a quando si trovano regole di contenuto giuridico e di portata internazionale a Roma?

È certo che di queste regole ve ne furono sempre in ogni periodo della sua storia: ma mentre in alcuni si rinvengono abbon-

danti, in altri si riducono a ben poca cosa. Più precisamente si può dire che fino alla battaglia di Zama, Roma conobbe di fatto e di diritto Stati sovrani ed indipendenti e con essi trattò sul piede di reciprocità e di uguaglianza.

Annientata però la rivale Cartagine e affievolita la baldanza di Filippo ed Antioco, cresciuta la potenza di Roma difficilmente può rinvenirsi nelle relazioni internazionali posteriori una reciprocità di trattamento.

La posizione di Roma rispetto agli altri popoli diventò egemonìa e talvolta pesante. La convenzione internazionale divenne un atto unilaterale in sostanza e più tardi ancora nella forma; alla indipendenza di prima successe una specie di protettorato dalla parte dei Romani verso i popoli sottomessi.

In tali condizioni, come si vede, è abbastanza difficile ricostruire un diritto internazionale. Ciò nonostante si trovano ancora traccie non molto deboli. Infatti nei successivi periodi vi sono ancora regole che hanno una portata internazionale che variano di numero, ma non spariscono del tutto.

Cosicchè può sicuramente dirsi, senza tema di sbagliare, che un diritto internazionale pubblico a Roma sussiste sempre, si riconobbe qualche popolo o indipendente o semindipendente con cui si trattò, e tanto basta.

Il contrario avvenne pel diritto internazionale privato. Esso mantenne uno sviluppo tutt'affatto autonomo e indipendente, Cominciato con umili origini negli ultimi tempi della Repubblica assunse un sistema ben delineato e distinto (1) mantenendosi tale per molto tempo, fino a che la codificazione teodosiana prima e giustinianea poi non lo fece sparire quasi del tutto, quantunque in astratto ne fu mantenuta la possibilità, come può desumersi dai frammenti contenuti nelle Pandette.

---

(1) **Catellani**, op. cit., *passim*.

INDICE

IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI ROMANI